Die zivilrechtliche Haftung des Staatsbeamten und des Soldaten für eine in Ausführung eines gesetzwidrigen Befehls gegenüber einem Dritten begangene Pflichtverletzung

nach preußischem und Reichsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

ACAD.
LUGD.BAT
BIBL.

vorgelegt von

Karl Wachsmuth

Gerichtsassessor in Marburg

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Referenten:
Professor Dr. Hübner
Professor Dr. Matthiaß

Meinem Vater.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Die Haftung des Staatsbeamten im allgemeinen.

A. Begriff des Staatsbeamten 2
1. Definition des Staatsbeamtenbegriffes 2
2. Einzelne besondere Klassen von Beamten 4
B. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Beamtenhaftung 5
1. Einleitung 5
2. Das preußische Gesetz v. 1. 8. 1909 und das Reichsgesetz vom 22. 5. 1910 6
3. § 839 BGB. 13
4. Verhältnis des § 839 zu § 823 BGB. 18

Zweiter Teil.

Die Haftung unter dem besonderen Gesichtspunkte der in Ausführung eines gesetzwidrigen Befehls begangenen Pflichtverletzung.

Einleitung 28
A. Der gesetzwidrige Befehl 28
B. Die Gehorsamspflicht des Beamten 29
1. Verschiedene Theorien über die Gehorsamspflicht 29
2. Die Theorie Labands 31
3. Das materielle Prüfungsrecht 34
4. Die Theorie Heilborns 37
C. Die Folgen der Gehorsamspflicht auf die Haftung des Beamten für Amtspflichtverletzungen 39
1. Einleitung 39
2. Anwendung der gewonnenen Resultate über die Gehorsamspflicht auf die Haftung des Beamten 40

Dritter Teil.

Die besondere Stellung des Soldaten.

A. Die Gehorsamspflicht des Soldaten 44
1. Eine formelle Prüfungspflicht besteht für den Soldaten nicht 44
2. Die Bestimmung des § 47 MStGB. 45
a) Der Befehl in Dienstsachen 47
b) Der Dienstbefehl 49
3. Die Haftung des Soldaten 51
4. Schlußbemerkung 52

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0086

Literaturverzeichnis.

Arndt, Preußische Verfassungsurkunde. 5. Aufl. 1904.

Arndt, Staats- und Verwaltungsrecht. In Birkmeyers Enzyklopädie. 2. Aufl. 1904.

Arndt, Staatsrecht des Deutschen Reichs. 1900.

Bauer, Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. In Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1902 S. 886 ff.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885.

Bolze, Über den Begriff der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung im § 113 RStGB. In Goltdammers Archiv Bd. 23 S. 389 ff.

Bornhack, Grundriß des Verwaltungsrechts in Preußen und dem Deutschen Reiche. 1906.

Bornhack, Preußisches Staatsrecht. 1888—1892.

Bucerius, Die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt. Kommunale Rundschau 1909 11. Jahrg. S. 205 ff.

van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Verbrechen, insbesondere nach Militärstrafrecht. 1891.

Coester, Die Haftung des Staates für Amtsdelikte bei Ausübung der öffentlichen Gewalt nach preußischem Rechte. Im Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. 5 S. 285 ff.

Delius, Haftpflicht der Beamten. 2. Aufl. 1909.

Delius, Haftpflicht der Beamten unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 525 ff.

Delius, Die Haftpflicht für Schäden, welche Beamte bei Ausübung der öffentlichen Gewalt verursachen. Im Preußischen Verwaltungsblatt 1909 31. Jahrg. S. 91 ff.

Delius, Der Entwurf eines Gesetzes über die Haftung des Reiches für seine Beamten. Daselbst S. 179.

Dietz, Disziplinarstrafordnung für das Heer. 1909.

Dock, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. Im Archiv für öffentliches Recht Bd. 16 S. 244 ff.

Eckstein, Der Beamtenbegriff im privaten und öffentlichen Recht. Im Archiv für öffentliches Recht Bd. 27 S. 487 ff.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.

Entwurf eines Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten v. 22. 4. 1909.

Fischer u. Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1904.

Freund, Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen. Im Archiv für öffentliches Recht 1886 Bd. 1 S. 108—145, 355—424.

Girginoff, Der bindende Befehl im Strafrecht. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1904.

Gierke, Haftung des Staates und der Gemeinden für Beamten. In den Verhandlungen des 28. Juristentages 1905 Bd. 1 S. 102ff.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. 1903—1909.

Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet. 1808.

Hecker, Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts. 1887.

Hecker, Der Zivilstrafrichter und das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bei Goltdammer Bd. 30 S. 103ff.

Heilborn, Die Pflicht des preußischen und des Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle. In der Festschrift zu Gierkes 70. Geburtstag 1911 S. 125ff.

Heuer, Die Haftung des Beamten nach § 839 Abs. 1 im Verhältnis zu § 823 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 1910 S. 141ff.

Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung. 18. Aufl. 1907.

Hüssener, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht. Diss. Jena 1901.

Jellinek, W., Der fehlerhafte Staatsakt. 1908.

Josef, Zur Haftpflicht des Richters. In der Deutschen Juristenzeitung 1910 S. 475.

Josef, Das preußische Gesetz v. 1. 8. 1909 über die Haftung des Staates usw. In Gesetz und Recht 11. Jahrg. Heft 2 S. 37ff.

Kanngießer, Das Recht des deutschen Reichsbeamten. 1874.

Kappelmann, Haftpflicht der öffentlichen Korporationen für schädigende Handlungen ihrer Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt. Im Preußischen Verwaltungsblatt 20. Jahrg. S. 485.

Kappelmann, Der preußische Gesetzentwurf über die Haftung des Staates usw. Daselbst 29. Jahrg. S. 590.

v. Kirchenheim, Die Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstpflichtigem Gehorsam rechtswidrige Anordnungen seiner vorgesetzten Behörde vollstreckenden Unterbeamten. Im Gerichtssaal Bd. 30 S. 172ff.

Kleinfeller, Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten. In der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Allgemeiner Teil Bd. 1 S. 269ff.

Klewitz, Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen. 1891.

Koffka, Die Neuerungen des Reichsbeamtengesetzes. In der Deutschen Juristenzeitung 1907 S. 1048.

Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. 1903.

v. Koppmann, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch. 3. Aufl., bearbeitet von Weigel. 1903.

v. Koppmann, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung. 1901.

Kraft, Die Haftpflicht des Richters. In der Deutschen Juristenzeitung 1909 S. 1415.

v. Krais, Zur Frage der Beamtenhaftpflicht. In den Blättern für administrative Praxis Bd. 50 S. 299. München.

Kröll, Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht. Diss. Breslau 1909.

Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs. Bd. 4. 4. Aufl. 1901.

Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1898.

v. Liszt, Deliktsobligationen. 1898.

Löning, Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. 1879.

Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884.

Marcus, Das preußische Staatshaftungsgesetz v. 1. 8. 1909. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1910 10. Jahrg. Heft 15 S. 515ff.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts unter Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts. 5. Aufl. 1910.

Mayer, M. E., Zur Abgrenzung des Militärdisziplinarstrafrechts vom Kriminalstrafrecht. In der Deutschen Juristenzeitung 1907 S. 851ff.

Mayer, M. E., Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten. In der Straßburger Festschrift für Laband 1908 S. 119—162.

Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 2. 1895/96.

Meyer, G., Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes. 6. Aufl., bearbeitet von Anschütz. 1905. (zit.: Meyer-Anschütz.)

Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 BGB. 1904.

Mertin, Das preußische Gesetz über die Haftung des Staats usw. In der Deutschen Juristenzeitung 1909 S. 1359ff.

Neumann, Jahrbuch des Deutschen Reichs.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.

Nöldecke, Die zivilrechtliche Haftung des Richters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 795.

v. Nostitz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams. 1906.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.

Oertmann, Die Haftung der Notare. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1904 S. 771 ff.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl. 1905.

Perels u. Spilling, Reichsbeamtengesetz. 2. Aufl. 1906.

Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft. Bd. 2 u. 3 1828, 1831, Teil 2 S. 361—384, Bd. 3 S. 182—632.

Piloty, Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte. In Hirths Annalen 1888 S. 243—271.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Einführungsgesetz 3. Aufl. 1905, Schuldverhältnisse 3. Aufl. 1907.

Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes. Nach deutschem Staatsrecht historisch-dogmatisch dargestellt. In Hirths Annalen 1884 S. 565—632, 645—686; 1885 S. 65—211.

Rehm, Der Beamtenbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Daselbst Jahrg. 1900 S. 369 ff.

v. Rheinbaben, Beamte und Diensteid. In Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts 1911 S. 358 ff. und 511 ff.

Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. Bd. 2. 3. Aufl. 1869—1871.

Rönne-Zorn, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 5. Aufl. 1899.

Romen, Befehl (militärischer). In Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts 1911 S. 370 ff.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Einführungsgesetz und Schuldverhältnisse 3./4. Aufl. 1908.

v. Stengel, Die Haftung des Staates für den durch seine Organe und Beamten Dritten zugefügten Schaden. In Hirths Annalen 1901 S. 481 ff. und 561 ff.

v. Schelhorn, Die Amtspflicht gegenüber Dritten nach deutschem und bayerischem bürgerlichen Recht. In Hirths Annalen 1906 S. 439 ff., 525 ff., 600 ff., 641 ff.

Schmoller, Der preußische Beamtenstand unter Friedrich Wilhelm I. In den Preußischen Jahrbüchern Bd. 26 S. 148 ff., 253 ff., 538 ff.

Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Bd. 2. 1881—1886.

Thudichum, Das Reichsbeamtenrecht. In Hirths Annalen 1876 S. 265—399.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 99 S. 1 ff.

Einleitung.

Eine Pflichtverletzung eines Beamten und Soldaten kann drei verschiedene Folgen nach sich ziehen: strafrechtliche, disziplinare und zivilrechtliche.

Die nachstehenden Zeilen beschäftigen sich nur mit den zivilrechtlichen Folgen und berücksichtigen besonders die Pflichtverletzungen, die auf Grund eines gesetzwidrigen Befehls einem Dritten gegenüber begangen sind.

Zunächst soll die Haftung des Staatsbeamten betrachtet werden.

Hierzu ist es erforderlich, daß wir den Begriff des Staatsbeamten näher erläutern und uns dann seiner Stellung gegenüber seinen Vorgesetzten und seiner Gehorsamspflicht ihnen gegenüber zuwenden.

Erster Teil.

Die Haftung des Staatsbeamten im allgemeinen.

A. Begriff des Staatsbeamten.

Der Begriff des Staatsbeamten ist häufig zum Gegenstande wissenschaftlicher Untersuchungen gemacht worden. Eine allgemeine gesetzliche Definition dieses Begriffes findet sich nirgends.[1]) Das Reichsbeamtengesetz v. 31. 3. 1873[2]) enthält im § 1 eine Erläuterung des Reichsbeamten im Sinne dieses Gesetzes, und der § 359 RStGB. definiert den Beamten schlechthin im Sinne dieses Strafgesetzbuches.

Wir müssen also versuchen, mit Hilfe der sehr umfangreichen Literatur[3]) eine allgemeine Definition des Begriffes zu bilden.

1. Definition des Staatsbeamtenbegriffes.

Für die vorliegende Arbeit wird folgende allgemeine Begrenzung des Staatsbeamtenbegriffes genügen, die sich teils an Laband, teils an dessen Gegner anschließt:

> Staatsbeamter ist eine Person, die auf Grund eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses verpflichtet ist, in dienstlicher Unterordnung unter ein ihr vorgesetztes Organ des Staates oder eines öffentlichen Gemeinwesens diesem Dienste irgendwelcher Art zu leisten.[4])

---

[1]) Die Begriffsbestimmung, die das ALR. II, 10 §§ 1—3 gibt, ist unvollkommen; vgl. Rönne u. Zorn Bd. 1 S. 420.

[2]) RGBl. von 1873 S. 61ff.; vgl. Perels u. Spilling S. 4ff.

[3]) Die umfangreichste und gründlichste Entwicklung des Begriffes findet sich bei Rehm in Annalen des Deutschen Reichs 1884 S. 565 ff., 1885 S. 65 ff. Von neueren Schriftstellern vgl. namentlich G. Meyer-Anschütz S. 429ff. und die dort zit. Literatur.

[4]) Eine kurze, aber ganz treffende Definition gibt Eckstein S. 505: „Beamter ist der im Umfange seines Amtes autoritative Träger der Staatsgewalt".

Nicht wesentlich sind die zahlreichen andern Begriffsmerkmale, die für den Begriff des Staatsbeamten aufgestellt worden sind und teils die eine, teils die andere der beiden erwähnten Theorien über das Wesen des Staatsdienstes stützen sollen. Auf sie soll nur ganz kurz eingegangen werden.[1])

Streit herrscht nicht darüber, daß es für die Staatsbeamteneigenschaft unwesentlich ist, ob der Beamte ein Amt bekleidet oder nicht.

Der Begriff des Amtes ist weitergehend als der des Beamten. Es gibt Ämter, die den Inhaber nicht zum Beamten machen, z. B. das Schöffenamt. Ferner ist es bedeutungslos, ob der Beamte Gehalt empfängt oder nicht.[2])

Dann ist die Beeidigung[3]) bedeutungslos, da sie nicht das Beamtenverhältnis zur Entstehung bringt, sondern nur eine Bekräftigung der übernommenen Pflichten enthält.

Ebenso steht es mit der Bestallung,[4]) die nur als ein äußeres Zeichen des eingegangenen Staatsdienstverhältnisses anzusehen ist.

Einerlei ist es weiter, ob der Beamte ständig oder nur vorübergehend angestellt, ob die Stellung Lebensberuf ist oder nur im Nebenamte wahrgenommen wird, ob es sich um Dienste höherer Art[5]) oder niederer Art[6]) handelt.

Zweifelhaft kann es sein, ob es ein Kriterium des Beamtenverhältnisses ist, daß es freiwillig eingegangen ist. Wenn auch bei weitem die überwiegende Mehrzahl aller Beamtenverhältnisse auf dem freien Willen der Beamten begründet ist, so kann man, da es gewisse Ämter gibt, zu deren Übernahme

---

[1]) vgl. für das Folgende namentlich Meyer-Anschütz S. 495ff.; Laband a. a. O. und Rheinbaben a. a. O. unter „Beamte".

[2]) Löning (VerwR. S. 117 Nr. 2) zieht zur Unterscheidung in zweifelhaften Fällen, ob ein Reichs- oder Landesbeamter vorliegt, den Gesichtspunkt heran, welche Kasse zur Zahlung des Gehalts verpflichtet ist. Dieser Gesichtspunkt wird vielfach versagen, da es auch unbesoldete Beamte gibt.

[3]) vgl. Rheinbaben a. a. O. unter „Diensteid".

[4]) Vorgeschrieben ist eine Bestallungsurkunde z. B. für die Reichsbeamten durch § 4 RBG. und für die preußischen Kommunalbeamten durch §§ 1 u. 2 des Kommunalbeamtengesetzes von 1899.

[5]) RGE. in Strafs. Bd. 2 S. 23.

[6]) vgl. hierzu RGE. in Zivils. Bd. 6 S. 109.

eine Pflicht besteht — z. B. im Kommunaldienste —, die Freiwilligkeit nicht als ein Kriterium des Beamtenbegriffes gelten lassen. Auch die besonderen Rechte und Pflichten der Berufsbeamten sind keine Folgen der Freiwilligkeit der Verhältnisses.[1])[2])

2. Einzelne besondere Klassen von Beamten.

Fraglich kann es sein, ob die Offiziere und Kapitulanten[3]) zu den Beamten zu rechnen sind. Nach der oben gegebenen Definition fallen sie unter den Beamtenbegriff. Für sie gelten jedoch nicht die Bestimmungen des Reichsbeamtengesetzes mit Ausnahme derjenigen über die Defektenhaftung, § 157 RBG., sondern die Vorschriften des Militärrechtes,[4]) so daß sie von vielen nicht zu den Beamten gerechnet werden, zumal vielfach auch in Gesetzen ein Unterschied zwischen Militärpersonen und Zivilbeamten gemacht wird, so z. B. in ALR. II, 10 §§ 1 u. 68. Praktisch kommt es auf dasselbe hinaus, ob man sagt, die Offiziere sind keine Beamte, oder die Offiziere sind Beamte, die Vorschriften über die Beamten finden aber — mit der erwähnten Ausnahme des § 157 RBG. — auf sie keine Anwendung.[5]) Dagegen gehören die Militärbeamten, wie schon der Name sagt, zu den Beamten.

Die Staatsbeamten zerfallen in Reichs- und Landesbeamte. Bei beiden unterscheidet man wieder zwischen unmittelbaren und mittelbaren Beamten.

Die Einteilung in höhere, subalterne und untere Beamte ist hier bedeutungslos. Dagegen ist ein Unterschied zu machen zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Beamten. Die ersteren sollen, soweit sie nicht als Be-

---

[1]) vgl. z. B. Meyer-Anschütz S. 500.

[2]) And. A. Laband und seine Anhänger, denen man allerdings in diesem Punkte hinsichtlich der sogen. Berufsbeamten zustimmen muß, denn bei diesen beruht die Begründung des Beamtenverhältnisses stets auf ihrem freien Willen. Es kann niemand gezwungen werden, Berufsbeamter zu werden.

[3]) vgl. hierzu Delius S. 169.

[4]) vgl. auch ALR. II, 10 § 4.

[5]) Im Sinne des StGB. sind aber Offiziere als Beamte anzusehen, vgl. RGE. in Strafs. Bd. 24 S. 17 ff., Bd. 29 S. 62.

amte der Justizverwaltung in Betracht kommen, für die vorliegende Bearbeitung ausgeschieden werden, da sie nach § 1 GVG., § 2 EG. z. GVG. und Art. 86 preuß. VU. nur dem Gesetz unterworfen sind und sich in ihren Entscheidungen nicht durch Befehle ihrer Vorgesetzten beeinflussen lassen dürfen.[1])

Es ist hier noch kurz zu prüfen, ob für die folgenden Erörterungen ein Unterschied zwischen Reichsbeamten und preußischen Beamten zu machen ist. Für letztere gilt noch der 10. Titel des ALR. Teil II, der durch Verordnung v. 23. 9. 1867 in den neuen Landesteilen eingeführt und als öffentlich-rechtlich in Kraft geblieben ist.[2]) Dieser enthält aber keine allgemeinen Bestimmungen über die Gehorsamspflicht der Beamten, die in folgendem besonders in Betracht kommt; insoweit werden also die Bestimmungen des Reichsbeamtengesetzes und die aus ihm gewonnenen allgemeinen Grundsätze auch für die preußischen Beamten Anwendung finden können, so daß eine gesonderte Behandlung der Reichs- und preußischen Beamten nicht notwendig ist.[3])

B. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Beamtenhaftung.

1. Einleitung.

Bei einer Schädigung durch die Pflichtverletzung eines Beamten können zwei Geschädigte in Betracht kommen: einmal der Staat, in dessen Diensten der Beamte steht, und zweitens der Dritte, demgegenüber dem Beamten eine bestimmte Amtspflicht obliegt.

---

[1]) vgl. hierzu u. a. Kleinfeller a. a. O. S. 285; Laband, D. Staatsrecht Bd. 3 S. 380; Rönne u. Zorn Bd. 1 S. 461, namentlich auch Anm. 4.

[2]) vgl. Rönne u. Zorn Bd. 1 S. 419 Anm. 1 und Huede Grais, Handb. S. 79 Anm. 3; Rheinbaben a. a. O. Beamte § 2, ferner Pfaffenroth; and. A. Freund S. 143/44, der auf eigenartigem Wege zu der Folgerung kommt, daß das ALR. in diesem Punkte außer Kraft getreten ist. Ihm schließt sich Kleinfeller a. a. O. S. 282 an.

[3]) So auch Meyer-Anschütz S. 490 Anm. 2 und Rönne u. Zorn Bd. 1 S. 461; Bornhak, Grundriß S. 41; Löning S. 123 und Heilborn S. 147, 4 Abs. 3 a. E.

Hier soll nur von den Pflichtverletzungen gegenüber Dritten die Rede sein.

Es fragt sich, wer dem Dritten haftet. Die Haftungsmöglichkeiten sind verschieden. Man kann nur den Staat haften lassen oder nur den Beamten oder beide zusammen, und zwar den einen primär und den anderen subsidiär oder beide solidarisch usw.

Nach ALR. II, 10 § 89 haftete der Beamte persönlich, während im Gebiete des code civil eine Haftung des Staates für den Beamten auf Grund des Art. 1384 anerkannt wurde. Dieser Artikel ist durch Art. 89 preuß. AG. z. BGB. aufrechterhalten.

Als die glücklichste Lösung der Haftungsfrage ist wohl diejenige zu bezeichnen, nach welcher der Staat primär haftet, aber von dem Beamten Regreß nehmen kann.

Es liegt dies sowohl im Interesse der Beamten wie des Publikums und des Staates, denn einmal wird die Tatkraft der Beamten nicht durch die Angst vor drohenden Schadensersatzklagen gelähmt und ist der Beamte nicht Klagen aus Rachsucht ausgesetzt, andererseits hat aber das Publikum den Vorteil, daß an Stelle des oft unvermögenden Beamten der Staat steht. Dadurch, daß der Staat nur primär haftet, von dem Beamten aber nach seinem Belieben Regreß nehmen kann, wird der Beamte seinerseits von einem leichtfertigen Verfahren abgehalten, so daß die pekuniäre Belastung des Staates nicht zu bedeutend wird.[1])

2. Das preuß. Gesetz v. 1. 8. 1909 und das Reichsgesetz v. 22. 5. 1910.

Aus diesen Erwägungen heraus sind das preuß. Gesetz vom 1. 8. 1909 und das Reichsgesetz v. 22. 5. 1910 über die Haftung für Amtspflichtverletzungen bei Ausübung der öffentlichen Gewalt entstanden.

Die Berechtigung zum Erlaß von Landesgesetzen gründet sich auf Art. 218 EG. z. BGB. in Verb. mit Art. 77 EG. z. BGB., der folgendermaßen lautet:

---

[1]) vgl. Bericht der verstärkten Justizkommission, Haus der Abgeordneten 20. L.-P. 4. Sess. Nr. 346 S. 2ff.

„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten den Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat oder der Kommunalverband haften".

Nach dem ersten Halbsatze des Art. 77 hat die Landesgesetzgebung bezüglich der Anordnungen über die Haftung des Staates usw. für den von den Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden freie Hand.[1]) Sie kann die Haftung des Staates ganz ausschließen oder beliebig einschränken. Nach dem zweiten Halbsatze des Art. 77 kann die Landesgesetzgebung die Haftung des Beamten, die durch §§ 839—841 BGB. geregelt ist, insoweit ausschließen, als der Staat oder der Kommunalverband haftet. Auch steht es ihr frei, zu bestimmen, daß der Beamte dem Staate usw. regreßpflichtig ist.[2]) Nur muß sich diese Regreßpflicht im Rahmen der §§ 839—841 BGB. halten, da diese als Reichsrecht durch das Landesrecht nicht abgeändert werden können.

Eine Reihe von Staaten war Preußen mit ähnlichen Gesetzen vorausgegangen.[3])

Das Reichsgesetz und das preußische Gesetz decken sich in ihren wesentlichen Bestimmungen. Sie können daher im folgenden gemeinschaftlich behandelt werden.

Einige Verschiedenheiten seien kurz vorausgeschickt.

Die prozessuale Durchführung der Ersatzansprüche soll nicht betrachtet werden.

Im § 4 des preuß. Gesetzes wird die Haftung auf die im Dienste eines Kommunalverbandes angestellten Beamten mit der Maßgabe ausgedehnt, daß an die Stelle des Staates der Kommunal-

---

[1]) vgl. Staudinger, EG. z. BGB. Anm. 1 zu Art. 77 und Planck, EG. z. BGB. Anm. 1 zu Art. 77.

[2]) vgl. Planck Anm. 3 zu Art. 77.

[3]) Aufgezählt z. B. bei Coester a. a. O. S. 287.

verband tritt. Jedoch trifft bei Amtspflichtverletzungen der Standesbeamten die Verantwortlichkeit den Staat. Den Kommunalverbänden werden gleichgestellt die Gutsbezirke, Amtsverbände und die zur Wahrnehmung einzelner kommunaler Angelegenheiten gebildeten Zweckverbände.[1])

Eine ähnliche Bestimmung enthält das Reichsgesetz in seinem § 4, der bestimmt, daß für die Beamten der Schutzgebiete, soweit sie nicht im Sinne des Schutzgebietsgesetzes zu den Eingeborenen gehören, an die Stelle des Reichs das Schutzgebiet tritt.

Für die Kommunalverbände und anderen Verbände des öffentlichen Rechtes in den Schutzgebieten und Konsularbezirken bleibt die Regelung der Haftung für die weißen und farbigen Beamten Verordnungen des Kaisers bezw. des Reichskanzlers vorbehalten.

Da derartige Verordnungen bisher noch nicht erlassen sind, hat es für die weißen Beamten bei den Bestimmungen des § 839 BGB. vorläufig sein Bewenden.

Eine Einschränkung der Staatshaftung machen beide Gesetze bei den sogen. Sportelbeamten, d. h. denjenigen Beamten, die für ihre Tätigkeit von den Beteiligten eine Vergütung erhalten.

Das Reichsgesetz schließt seine Anwendung nur für diejenigen Beamten aus, die, abgesehen von der Entschädigung für Dienstaufwand, auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind (§ 5 Ziff. 1), während das preußische Gesetz weitergeht und die Haftung nicht nur für solche Beamte ausschließt, die ausschließlich auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind, sondern auch für alle die Amtshandlungen anderer, also gegen Gehalt angestellter Beamten, für die diese eine besondere Vergütung zu beziehen haben (§ 1 Abs. 3). Eine Sonderbestimmung enthält das Reichsgesetz noch in seinem § 5 Abs. 2, der bestimmt, daß das Reich nicht haftet, soweit es sich um das Verhalten eines mit Angelegenheiten des auswärtigen Dienstes befaßten Beamten handelt und dieses Verhalten nach einer Erklärung des Reichskanzlers politischen und internationalen Rücksichten entsprochen hat.

[1]) Im folgenden soll kurzerhand nur von „Kommunalverbänden“ oder kurz „Verbänden“ geredet werden.

Die Bestimmung ist aus politischen Rücksichten aufgenommen, um das Reich vor internationalen Verwicklungen zu bewahren. Dem Verletzten bleibt es in diesem Falle überlassen, sich an dem betreffenden Beamten, falls dies möglich ist, schadlos zu halten.

Die grundlegenden Bestimmungen über die Haftung enthält in beiden Gesetzen der § 1 Abs. 1:

> „Verletzt ein [unmittelbarer Staatsbeamter bezw.] Reichsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die im § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten [den Staat bezw.] das Reich".

Zur Haftung verpflichtet ist also der Staat, das Reich oder, wie wir oben gesehen haben, der Kommunalverband. Die Haftung ist prinzipal und ausschließlich. Der Geschädigte kann also nicht gegen den Beamten direkt klagen, und zwar auch dann nicht, wenn z. B. der Verband unpfändbar sein sollte.[1])

Es haftet der Verband, in dessen Diensten der Beamte steht. Es kommt nicht darauf an, wer den Beamten anstellt oder wessen Gewalt er ausübt. Der Staat, das Reich und die Kommunalverbände haften also für ihre Beamten, d. h. für diejenigen, die in ihren Diensten stehen.[2])

Anderer Ansicht ist Delius, der S. 391 sagt: „Ist ein unmittelbarer Staatsbeamter im Nebenamte Kommunalbeamter oder umgekehrt, so ist der Staat oder der Kommunalverband haftpflichtig, je nachdem der Schaden bei Ausübung des Hauptamtes oder des Nebenamtes verursacht ist". Dem tritt Coester (S. 324 Anm. 2) entgegen, indem er ausführt: „Dies käme auf eine Teilung nach der Gewalt hinaus. Dem widerspricht m. E. der Wortlaut des Gesetzes. Ein Bürgermeister, der zugleich staatlicher Polizeiverwalter ist, ist keinesfalls unmittelbarer Staatsbeamter, so daß nach § 1 des Gesetzes v. 1. 8. 1909 eine Haftung des Staates für seine polizeilichen Handlungen jeden-

[1]) Delius S. 366.
[2]) Coester S. 324.

falls nicht würde eintreten können. Ein solcher Bürgermeister gehört zu den Beamten des § 4, und für diese haftet der Kommunalverband, ohne daß Ausnahmen statuiert werden. Es kann jemand zweierlei öffentliche Gewalt anvertraut werden, während seine Dienststellung einheitlich ist. Nur auf letztere kommt es nach dem Gesetze vom 1. 8. 1909 an".

Ich möchte mich den Ausführungen Coesters anschließen und zur Unterstützung dieser Ansicht noch die Bestimmung des § 4 des Gesetzes v. 1. 8. 1909 anführen, daß der Staat für die Amtspflichtverletzungen der Standesbeamten haftet. Daraus, daß ausdrücklich eine Haftung des Staates für diese Kommunalbeamten, die staatliche Funktionen ausüben, bestimmt ist, geht m. E. klar hervor, daß in anderen Fällen der Staat für Kommunalbeamte, die staatliche Funktionen ausüben, wie z. B. die Bürgermeister als Inhaber der staatlichen Polizeigewalt, mangels einer besonderen Bestimmung nicht haftet. Denn, wie Coester richtig ausführt, haftet der Staat nach dem Wortlaut des Gesetzes nur für unmittelbare Staatsbeamte.

Schadensersatz verlangen kann nur der Dritte, d. h. derjenige, dem gegenüber dem Beamten die verletzte Amtspflicht oblag. Der Schaden muß durch die Handlung des Beamten verursacht sein. Als verursacht gilt nur der unmittelbare Schaden.[1])

Coester führt folgendes Beispiel an:

Wird in eine öffentliche Straße ein tiefer Graben gerissen und wird die Schließung des ungesicherten Grabens verschleppt, so gilt der Schaden desjenigen als verursacht, der hineinfällt und sich beschädigt, nicht der Schaden desjenigen, der den Eisenbahnzug versäumt, weil er mit seinem Gefährt nicht weiterkommt.[2])

Einem mittelbar Geschädigten gegenüber, dem der Beamte nicht zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet war, besteht keine Haftpflicht. Der Ersatzanspruch entsteht erst mit Eintritt des Schadens, nicht schon mit der Amtspflichtverletzung.[3])

---

[1]) Coester S. 311.
[2]) Coester S. 323; Delius S. 239.
[3]) Otto Mayer Bd. 2 § 54.

Nach § 7 beider Gesetze haben Ausländer nur dann einen Ersatzanspruch auf Grund der Gesetze, wenn nach einer Bekanntmachung des Reichskanzlers bezw. Staatsministeriums im Reichsgesetzblatt bezw. der Preußischen Gesetzsammlung die Gegenseitigkeit durch die Gesetzgebung des ausländischen Staates oder durch Staatsvertrag verbürgt ist.

Die Art und Höhe des Ersatzanspruches richtet sich nach den allgemeinen Gesichtspunkten des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Schadensersatz.

Hat nun der betreffende Verband Schadensersatz geleistet, so kann er von dem Beamten Regreß verlangen (§ 2 des Reichsgesetzes; § 3 des preuß. Gesetzes). Der Ersatzanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Ersatzanspruch des Dritten diesem gegenüber anerkannt oder rechtskräftig festgestellt worden ist.

Kehren wir wieder zurück zu § 1 der Gesetze.

Wir müssen hier zunächst den Begriff „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt“ näher erörtern, während die Frage, wann der Beamte vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat, bei der Behandlung des § 839 BGB., dem diese Wendung entnommen ist, betrachtet werden soll.

Öffentliche Gewalt heißt die Staatsgewalt da, wo sie den gewaltunterworfenen Personen befehlend oder zwingend entgegentritt.[1])

In Ausübung der öffentlichen Gewalt handelt der Beamte dann, wenn es sich um Ausübung von Rechten und um Erfüllung von Pflichten handelt, welche ihre Quelle nicht im Privatrecht, sondern im öffentlichen Rechte haben, bei dem der Staat nicht als Fiskus, nicht als Subjekt von Privatrechten, sondern als Inhaber von Hoheitsrechten oder der oder einer Regierungsgewalt in Betracht kommt.[2])

Tritt der Staat als Fiskus, d. h. als privatrechtliche Person, Vermögenssubjekt auf, so haftet er nach §§ 89, 31 BGB. wie

[1]) Coester S. 312.

[2]) Delius S. 5; vgl. auch z. B. RG. in DJZ. 1910 Nr. 6 S. 369; Schelhorn S. 460ff.

jede andere öffentlichrechtliche Person, ist also in gleicher Weise wie die privaten juristischen Personen zum Ersatz jeden Schadens verpflichtet, den ein verfassungsmäßig berufener Vertreter in Ausübung der ihm im privatrechtlichen Verkehr zustehenden Verrichtungen durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung oder Unterlassung einem Dritten zufügt.

Wir haben es hier nur mit der Vertretung des Staates durch die Beamten in seiner Eigenschaft als Hoheitssubjekt zu tun.

Es muß eine Amtshandlung vorliegen.

Wann dies der Fall ist, wird oft schwer zu entscheiden sein, namentlich wenn der Beamte seine Befugnis überschreitet. Liegt dann überhaupt noch eine Amtshandlung vor?

Krais bemerkt (S. 299) hierzu:

> „Die Worte ‚in Ausübung' bezeichnen das Verhältnis zuständiger und daher wenigstens formell rechtmäßiger unmittelbarer Amtstätigkeit. Macht der Beamte von seinen Amtsbefugnissen einen sachlich ungerechtfertigten Gebrauch, so befindet er sich gleichwohl noch in Ausübung des Amtes".

Diese Ansicht vertrat auch in der Beratung des Gesetzes im Abgeordnetenhaus ein Vertreter des Justizministeriums.[1])

In vielen Fällen wird es schwierig sein, zu entscheiden, ob die betreffende Handlung noch amtlich oder bereits außeramtlich ist.[2])

Der Ausdruck „in Ausübung" findet sich im code civil (dans l'excercise de ses fonctions) und im Konfliktsgesetz vom 13. 2. 1854, wo er der Handlung „in Veranlassung" der Ausübung eines Amtes gegenübergestellt wird.

Der Staat haftet also nur für Verletzungen, die in direkter Ausübung des Amtes begangen sind, nicht für solche, die der Beamte in Veranlassung oder bei Gelegenheit begeht.

Hinzukommen muß noch, wie schon erwähnt, daß durch die in Ausübung der öffentlichen Gewalt begangene Handlung eine

---

[1]) vgl. S. 3 des Berichts; Delius S. 182ff.

[2]) Im einzelnen vgl. hierüber Jellinek S. 54ff.

Amtspflichtverletzung einem Dritten gegenüber erfolgt ist. Hiermit kommen wir zu der Betrachtung des § 839 BGB.

3. § 839 BGB.

Er lautet:

„Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden".

Zuerst tritt uns auch hier wieder der Begriff des Beamten entgegen. Das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht den Ausdruck öfters (z. B. §§ 411, 570, 1315), ohne ihn zu definieren.[1]) Auch die Kommentare und Lehrbücher geben meist keine Definition, sondern begnügen sich damit, auf den § 359 StGB. zu verweisen, und geben im übrigen eine Aufzählung der Fälle, in denen ein Beamtenverhältnis vorliegt.[2])

Wir können uns darauf beschränken, auf die oben versuchte Definition des Begriffes hinzuweisen und einige Bemerkungen

[1]) vgl. hierzu Rehm in Annalen des Deutschen Reichs 1900 S. 369 ff. und Schelhorn S. 445—457.

[2]) So namentlich Staudinger Anm. 4 zu § 839 und EG. Anm. 2a zu Art. 77; ferner Oertmann Anm. 2a zu § 839 mit reichlichen Literaturangaben; Delius § 10 Ziff. 4 S. 152 ff.

anzuschließen. Der Begriff des Beamten ist hier im weitesten Sinne zu fassen, so daß auch die Beamten der öffentlichen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen darunter fallen.[1]) Nicht aber sind darunter zu verstehen die fälschlicherweise oft so genannten Privatbeamten (z. B. der Versicherungsgesellschaften).[2]) Gerichtsvollzieher[3]) und Notare[4]) gehören zu den Beamten im Sinne des § 839, obwohl bei ihnen häufig Vertragspflichten mit Amtspflichten konkurrieren werden.[5])

Ferner gehören Offiziere hierher, soweit sie öffentlichrechtliche Funktionen ausüben.[6]) Nicht dagegen gehören zu den Beamten der Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand, das Familienratsmitglied und der Testamentsvollstrecker, obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch von einem „Amte" dieser Personen redet (z. B. in den §§ 1694, 1752, 1844, 2202).

Für den Spruchrichter gewährt der Abs. 2 des § 839 bezüglich der Haftung eine besondere Vergünstigung. Auf sie soll hier nicht eingegangen werden. Für seine Tätigkeit als Vormundschaftsrichter verweisen die §§ 1674 und 1848 BGB. bezüglich der Haftung ausdrücklich auf den § 839 Abs. 1 und 3. Seine Haftung als Grundbuchrichter ist im § 12 GBO. und im Art. 8 preuß. AG. z. GBO. gleichfalls auf der Grundlage des § 839 geregelt.

§ 12 RGBO. lautet:

> „Verletzt ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht, so trifft den Beteiligten gegenüber die im § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Das Recht des Staates oder der Körperschaft, von dem Beamten Ersatz zu verlangen, bleibt unberührt".

---

[1]) vgl. Delius S. 171 ff.

[2]) vgl. Eckstein a. a. O. S. 496.

[3]) vgl. z. B. RGE. Bd. 16 S. 369, Bd. 51 S. 186, 258, Bd. 56 S. 84 ff.

[4]) And. A. bezüglich der Notare Dernburg Bd. 2, 2 § 392 II, 1, siehe aber jetzt Anm. 5.

[5]) z. B. RGE. Bd. 49 S. 269; RG. im Recht 1908 Nr. 1172; Delius §§ 16 u. 17.

[6]) vgl. Oertmann Anm. 2a zu § 839; Delius S. 169 ff.

Zu beachten ist hierbei, daß der Paragraph nur von den dem Grundbuchbeamten obliegenden Amtspflichten spricht, nicht von solchen, die dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegen.[1]) Hieraus soll nach der Denkschrift zur Grundbuchordnung festgestellt werden, daß im Sinne des § 839 BGB. sämtliche Amtspflichten des Grundbuchbeamten Pflichten sind, die ihm einem Dritten gegenüber obliegen. Natürlich können damit nur solche Amtspflichten gemeint sein, die in unmittelbarer Beziehung zur Führung des Grundbuchs und zum Publikum stehen. Daß dem Grundbuchbeamten auch sonst noch Amtspflichten obliegen können, die nicht Pflichten gegenüber Dritten sind, ist wohl selbstverständlich.

Bei Pflichtverletzungen des Grundbuchbeamten haftet also der Staat primär. Das Regreßrecht des preußischen Staates regelt Art. 8 AG. z. GBO., der dem Staate nur dann ein Regreßrecht gegen den Beamten gibt, wenn der Grundbuchbeamte vorsätzlich oder grobfahrlässig seine Pflicht verletzt hat.

Bei leichter Fahrlässigkeit trägt also der Staat den Schaden allein. Der Beamte ist nur disziplinarisch verantwortlich. Diese Regelung ist deshalb getroffen, um die große Verantwortlichkeit des Grundbuchbeamten etwas zu erleichtern.

Die Amtspflichtverletzung des Beamten muß objektiv widerrechtlich sein. Nach den allgemeinen Grundsätzen des § 823 BGB. wird das objektive Merkmal der Widerrechtlichkeit von der Person des Geschädigten aus genommen. Bei der Beamtenhaftung wird jedoch die objektive Grundlage der Ersatzpflicht in der Person des Täters, in seiner amtlichen Stellung gefunden. Die Schadenszufügung ist nicht als Eingriff in eine fremde Rechts- und Interessensphäre, sondern als Verletzung der dem Täter obliegenden Amtspflicht widerrechtlich.[2]) Widerrechtlich ist eine Handlung dann, wenn sie gegen ein Rechtsverbot verstößt oder ein Rechtsgebot nicht befolgt. Widerrechtlichkeit oder Rechtswidrigkeit ist gleich Verbotenheit.[3])

---

[1]) Delius S. 106.
[2]) Linckelmann S. 99.
[3]) Zitelmann S. 6.

Rechtswidrig ist eine Handlung dann nicht, wenn sie in Notwehr oder im Notstand geschieht oder wenn der Verletzte eingewilligt hat.[1]) Im letzteren Falle muß es sich aber um ein Rechtsgut handeln, über das der Verletzte frei verfügen darf, also z. B. nicht um das Leben. So kann sich der Verletzte, der eingewilligt hat, daß sein Haus von der Polizei eingerissen wird, nicht auf die objektive Widerrechtlichkeit berufen. Ebensowenig kann dies ein Wilderer, den ein Forstbeamter in der Notwehr durch einen Schuß verletzte.[2])

Bei der Beamtenhaftung aus § 839 BGB. liegt, wie erwähnt, die Widerrechtlichkeit darin, daß der Beamte die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt.

Wir haben also zu prüfen, was unter einer derartigen Amtspflicht zu verstehen ist.[3])

Die Amtspflicht als solche ergibt sich für den Beamten aus dem ihm obliegenden Amte und wird im allgemeinen durch seine Dienstvorschriften geregelt sein. Sie kann beruhen auf Gesetz, Verordnung, allgemeiner und besonderer Dienstanweisung, ja sogar auf Dienstgebrauch. Wann im einzelnen Falle eine Amtspflicht für den Beamten vorliegt, ist Tatfrage und läßt sich nicht allgemein entscheiden.

Ebensowenig kann nach allgemeinen Gesichtspunkten bestimmt werden, wann dem Beamten eine Amtspflicht einem Dritten gegenüber obliegt. Auch dies ist Tatfrage.[4])

Nicht hierher gehören die ihm nur gegenüber dem anstellenden Gemeinwesen obliegenden Verpflichtungen, so namentlich die sich auf den inneren Dienstbetrieb richtenden Vorschriften, auch meist nicht die in den sogen. Ordnungsvorschriften enthaltenen Verpflichtungen.[5])

---

[1]) Über die Einwilligung als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit vgl. die sehr ausführliche Darstellung bei Zitelmann S. 47 ff.

[2]) Coester S. 311.

[3]) vgl. Delius S. 190 ff.; Meltz S. 14 ff.; Schelhorn S. 458 ff.; Coester S. 308.

[4]) vgl. Oertmann Anm. 2 b *βαα* zu § 839; Delius S. 193 ff.; Nöldecke S. 812 ff.; Staudinger Anm. 5; Marcus in DJZ. 1899 S. 356.

[5]) vgl. Delius S. 190 ff.

Oertmann gibt in Anm. 2 b β zu § 839 einen allgemeinen Gesichtspunkt, indem er ausführt, „daß mindestens überall da, wo den Beteiligten gegenüber den Entscheidungen und sonstigen Maßnahmen des Beamten ein Rechtsmittel zustehe, auch eine Pflicht des Beamten ihnen gegenüber vorliege, denn die Beschwerde (im weitesten Sinne) richte sich gegen die (objektive) Nichterfüllung dieser Pflicht".

Planck (Anm. 3 a. E. zu § 839) stellt als allgemeine Regel auf, daß alle die Amtspflicht der Beamten betreffenden gesetzlichen Vorschriften, welche das Interesse Dritter berühren, im Zweifel als Vorschriften aufzufassen sind, durch welche eine Amtspflicht des Beamten auch gegenüber diesem Dritten begründet wird.

Man wird diese Gesichtspunkte bei der Feststellung, wann die Amtspflicht dem Beamten Dritten gegenüber obliegt, verwerten können. Im einzelnen Fall wird oft die Entscheidung genau so viel Schwierigkeiten bieten wie die Entscheidung, ob ein Gesetz den Schutz eines anderen bezweckt im Falle des Abs. 2 § 823 BGB.[1])

Ebenso wie die herrschende Meinung[2]) diesen Paragraphen weit auslegt, darf auch hier die Auslegung nicht so eng sein, daß die Pflicht bestimmten Dritten gegenüber bestehen müsse, sondern so, daß sie der Allgemeinheit, also jedem Dritten gegenüber besteht.[3])

Dagegen darf man den Kreis der „Dritten", die wegen einer Pflichtverletzung Ersatz verlangen können, nicht zu weit fassen.[4]) Es kann nur derjenige Ersatz verlangen, der unmittelbar an der Amtshandlung beteiligt ist.[5])

Es muß sich stets um eine Dienstpflicht handeln. Wenn der Beamte z. B. privatim Rat erteilt, haftet er nicht nach § 839

---

[1]) Staudinger Anm. 5 a zu § 839; Nöldecke S. 812 ff.

[2]) vgl. Oertmann Anm. 4 zu § 823; Staudinger Anm. III A, 2; Planck III, 2 zu § 823; Enneccerus S. 1144, 2.

[3]) Delius S. 194.

[4]) Delius S. 195 ff.

[5]) Wegen einzelner Fälle vgl. Oertmann Anm. 2 b $\beta\alpha\alpha$ und Staudinger Anm. 5 a zu § 839.

BGB., sondern nach § 676 BGB.[1]) § 839 kommt nur in Anwendung, wie wir gesehen haben, wenn es sich um Verletzung einer dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht handelt.

Das Reichsgericht hat in einem im Recht 1902 S. 263 abgedruckten Urteil v. 20. 2. 1902 entschieden, daß ein Zollbeamter für die falsche Beantwortung einer Frage, zu deren Beantwortung er nicht verpflichtet war, hafte. Es führt aus, daß wenn der Beamte sich nach seinem pflichtgemäßen Ermessen, anstatt die ihm angesonnene Handlung abzulehnen, entschließe, tätig zu werden, werde diese Tätigkeit von seiner Amtspflicht getragen. Hierzu bemerkt das Oberlandesgericht Oldenburg im Urteil v. 29. 5. 1908 (im Recht 1908 S. 519), daß diese Auffassung das Gesetz geradezu in sein Gegenteil verkehre, denn der § 839 BGB. spreche unzweideutig nur von der Verletzung einer Pflicht. Eine Amtshandlung möge in der Auskunftserteilung liegen, dagegen liege eine einem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht nicht vor.

Dem ist zuzustimmen.

Der Beamte kann nicht seine Amtspflichten selbst bestimmen. Das steht den Gesetzen und seiner vorgesetzten Behörde zu.

Eine Amtshandlung kann er freiwillig vornehmen. Für seine Haftpflicht ist es auch ohne Bedeutung, ob er selbst annahm, zu der Handlung verpflichtet zu sein. Denn das Vorliegen einer Amtspflicht hängt nicht von dem subjektiven Ermessen des Beamten ab, sondern von den objektiven Bestimmungen.[2])

4. Verhältnis des § 839 zu § 823 BGB.

Eine Streitfrage ist es, ob der Beamte neben der Haftung aus § 839 auch aus den allgemeinen Bestimmungen des § 823 Abs. 1 u. 2 haftet.

---

[1]) vgl. Oertmann Anm. 2 b $\beta\alpha\alpha$ zu § 839; Delius S. 197; Coester S. 308.

[2]) vgl. Delius S. 199; and. A. Coester S. 320.

Diese Frage ist sehr eingehend an der Hand der Entstehungsgeschichte in der Literatur behandelt worden.[1])

Sie ist deshalb von Bedeutung, weil danach zu entscheiden ist, ob dem Beamten die Erleichterungen des Satzes 2 Abs. 1 und des Abs. 3 des § 839 auch dann zuteil werden können, wenn die Schadenszufügung gleichzeitig nach § 823 zum Ersatz verpflichtet.

Vielfach wird die Meinung vertreten, beide Paragraphen könnten nebeneinander zur Anwendung kommen;[2]) der Verletzte habe die Wahl, auf welchen Anspruch er seine Klage gründen wolle. Der § 839 sei nur eine ergänzende, modifizierende Bestimmung gegenüber dem § 823. Richtig ist, daß § 839 über den § 823 Abs. 2 insoweit hinausgeht, als unter die Amtspflichten auch solche Bestimmungen fallen, die nach § 823 Abs. 2 nicht als ein sogen. Schutzgesetz anzusehen sind.[3]) Andererseits beschränkt er die Haftung des Beamten dadurch, daß dieser gemäß Satz 2 Abs. 1 § 839 bei Fahrlässigkeit nur dann haftet, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag, und daß er nach Abs. 3 überhaupt nicht haftet, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Wie weit die Verpflichtung des Verletzten zur Einlegung von Rechtsmitteln geht, ist Tatfrage und nach vernünftigem Ermessen zu entscheiden. Es wird nicht stets erforderlich sein, den Prozeß durch alle Instanzen hindurchzuführen.[4]) Ein Verschulden liegt dann vor, wenn man von einem sorgsamen Menschen die Einlegung eines Rechtsmittels erwarten und verlangen konnte. Ist die Entscheidung unanfechtbar, so kann natürlich von einem Verschulden keine Rede sein. Die Einlegung des Rechtsmittels muß auch in der Macht der Beschädigten liegen. Ist er mittellos und wird ihm das Armenrecht abgeschlagen, so trifft ihn kein

---

[1]) vgl. z. B. Schelhorn S. 535ff.; Meltz S. 5ff.; Delius § 10 Ziff. 2 und Heuer in DJZ. 1910 S. 141.

[2]) vgl. z. B. Oertmann Anm. 2cγ.

[3]) vgl. z. B. Nöldecke S. 811; and. A. Staudinger Anm. 3 Abs. 3 zu § 839.

[4]) vgl. Endemann S. 917 Anm. 5.

Verschulden, doch muß er auch hier den Beschluß, der ihm das Armenrecht versagt, zunächst noch anfechten.[1]) Der Verletzte braucht aber dann kein Rechtsmittel mehr einzulegen, wenn nach vernünftigem Ermessen der Schaden dadurch nicht mehr abgewendet werden kann, oder wenn durch die neu herbeizuführende Entscheidung der frühere Zustand deshalb nicht mehr hergestellt werden kann, weil z. B. das streitige Objekt inzwischen untergegangen ist.

Unter Rechtsmittel sind nicht nur die ordentlichen Rechtsmittel, sondern alle Rechtsbehelfe zu verstehen, die die Gesetze geben, so z. B. auch die Beschwerde im Dienstaufsichtswege. Zu weit geht Delius (S. 237), der auch eine Remonstration an den schädigenden Beamten darunter begreift.[2])

Einen sehr engen Standpunkt vertritt das OLG. Celle,[3]) das unter Rechtsmitteln im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB. nur Rechtsmittel mit Devolutiveffekt versteht. Eine ausdehnende Interpretation verbiete sich deshalb, weil es sich um eine Ausnahmevorschrift handle.

M. E. ist jedoch die weitergehende Auslegung die richtigere.[4])

Eine Sonderbestimmung trifft noch der § 5 des preuß. Gesetzes v. 1. 8. 1909, der die Vorschrift des § 6 des Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen v. 11. 5. 1842 auf das Beamtenhaftungsgesetz für anwendbar erklärt. Durch diesen § 6 ist bei Beschädigungen durch eine polizeiliche Verfügung der zivilrechtlich verfolgbare Anspruch auf Entschädigung versagt, solange nicht die Aufhebung der polizeilichen Verfügung durch die Aufsichtsbehörde oder im Verwaltungsstreitverfahren erreicht ist.[5])

Der Abs. 3 des § 839 beruht auf dem Gesichtspunkte des konkurrierenden Verschuldens. Dieses würde bereits nach dem allgemeinen Gesichtspunkte des § 254 BGB. zu berücksichtigen sein. Es würde jedoch in das Ermessen des Richters gestellt

---

[1]) Nöldecke S. 815.
[2]) Hiergegen Schelhorn S. 610.
[3]) Entsch. v. 10. 2. 1907 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 18 S. 102.
[4]) vgl. auch Coester S. 322.
[5]) vgl. Delius S. 395ff.

sein, welche Bedeutung dem Umstand beizulegen ist, daß der Verletzte es unterlassen hat, ein Rechtsmittel einzulegen. Deshalb hat das Gesetz hier eine bestimmte Regelung in dem Abs. 3 getroffen, nach dem in der Nichteinlegung eines Rechtsmittels ein so überwiegendes Verschulden zu erblicken ist, daß die Ersatzpflicht ganz fortfällt.

M. E. ist der § 839, sofern es sich um die Verletzung einer dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht handelt, als eine lex specialis anzusehen und gilt in diesem Falle ausschließlich.[1]) Aber auch nur in diesem Falle. Denn es ist m. E. selbstverständlich, daß sich der Beamte in anderen Fällen aus § 823, auch z. B. aus § 826,[2]) haftbar machen kann, wenn es sich nämlich nicht um Verletzung einer ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht handelt. Für diesen Fall können ihm auch m. E. die Erleichterungen des § 839 nicht gewährt werden.

Die Ansicht, daß der Beamte bei Verletzung einer ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht nur aus § 839 haftet, wird durch die Überlegung gestützt, daß es der Verletzte sonst in der Hand hätte, die durch die neuen Gesetze eingeführte Befreiung des Beamten von der primären Haftung dadurch zu umgehen, daß er ihn aus § 823 in Anspruch nähme.[3])

Im vorhergehenden haben wir die allgemeinen Voraussetzungen des Eintritts der Haftung erörtert. Im einzelnen Falle hängt sie bei Vorliegen dieser Voraussetzungen davon ab, ob der Beamte vorsätzlich oder fahrlässig, also schuldhaft, gehandelt hat.[4]) Dieses ist aber auch die Voraussetzung für den Eintritt der Haftung aus § 823, so daß es daher insoweit einerlei sein würde, ob der Beamte aus § 839 oder aus § 823 oder aus beiden zugleich haftet.

[1]) So auch Delius S. 150; Enneccerus § 457 II S. 1158; Meltz S. 6; v. Schelhorn S. 538ff.; Planck Anm. 1 a. E. zu § 839.

[2]) vgl. Oertmann Anm. 2cα zu § 839; v. Staudinger Anm. 3 a. E.; unentschieden Delius S. 151.

[3]) vgl. hierzu Delius S. 366; Coester S. 320.

[4]) Das Gegenteil folgert Laband Bd. 1 S. 447 ff. für die Reichsbeamten aus § 13 RBG.; dagegen mit Recht Delius S. 200 Anm. 1 S. 414; Meltz S. 20; Schelhorn S. 533.

Voraussetzung des Eintritts der Haftung ist jedoch, daß ein Schaden eingetreten ist. Das Verschulden braucht sich aber nur auf den Eintritt der Amtspflichtverletzung, nicht auf den Eintritt des Schadens bezogen zu haben.[1])

Ein Kausalzusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem Eintritt des Schadens muß natürlich vorliegen. Ursache und Wirkung müssen in solchem Zusammenhange stehen, daß dem natürlichen Laufe der Dinge zufolge angenommen werden kann, die eine sei aus der anderen hervorgegangen.[2])

Erscheint nach der Anschauung des Lebens die Verschuldung nicht mehr als die Ursache, sondern nur als die entfernte Veranlassung der Beschädigung, so besteht eine Haftung für letztere nicht mehr.

Näher kann hier nicht auf die Frage des Kausalzusammenhangs, über die zahlreiche verschiedene Theorien aufgestellt sind, eingegangen werden.

Wir haben nun noch kurz zu erörtern, was unter Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verstehen ist und wann sie vorliegen. Auch hier würde eine eingehende Behandlung der auf diesem Gebiete sehr zahlreichen Streitfragen über den Rahmen der Arbeit hinausgehen.

Man kann den Vorsatz mit der herrschenden Willenstheorie dahin definieren:

„Vorsatz ist das Wollen einer rechtswidrigen Handlung in dem Bewußtsein ihrer Rechtswidrigkeit".[3])

Fahrlässigkeit ist nach der gesetzlichen Definition des § 276 BGB. das Außerachtlassen der im Verkehre erforderlichen (nicht der üblichen) Sorgfalt. Diese Definition gilt auch für den Abschnitt über die unerlaubten Handlungen.

Der Begriff der Fahrlässigkeit ist abstrakt aufzufassen. Es richtet sich also die Sorgfalt nicht nach der Individualität des einzelnen, von dem im Verkehre Sorgfalt erfordert wird,

---

[1]) vgl. Liszt, DelObl. S. 60; Oertmann Anm. 3; Staudinger Anm. 5b zu § 839; Coester S. 321.

[2]) vgl. Delius S. 224.

[3]) vgl. Enneccerus S. 196.

sondern es ist ein Durchschnittsmaßstab aufzustellen.[1]) Auf unser Gebiet übertragen heißt das: Die Sorgfalt ist nicht nach der Fähigkeit und Ausbildung des einzelnen in Betracht kommenden Beamten, sondern nach dem Maßstab eines pflichtgetreuen und gewissenhaften Durchschnittsbeamten zu beurteilen. Denn nur dieser Maßstab kann dem Publikum und dem Beamten selbst die nötige Sicherheit bieten.

Die mindergute Befähigung eines Beamten kann z. B. nicht dem Geschädigten entgegengehalten werden,[2]) zumal da er sich im allgemeinen den Beamten nicht heraussuchen kann, mit dem er verhandeln will, und andererseits darf ein befähigter Beamter nicht durch die Befürchtung, in weitergehendem Maße als der Durchschnitt wegen eines Verschuldens zu haften, in seinen Entschließungen beeinträchtigt werden.

Auch die beiden Beamtenhaftpflichtgesetze wollten anscheinend auf diesem objektiven Standpunkte stehen. Denn wie aus den Kommissionsberichten[3]) hervorgeht, soll die Haftung des Staates selbst dann eintreten, wenn die Person des schuldigen Beamten sich nicht ermitteln läßt.[4]) In diesem Falle könnte doch das Verschulden gar nicht nach einem subjektiven Maßstabe gemessen werden.

Mir erscheint es aber zweifelhaft, ob diese Ansicht der Kommissionsberichte in den Gesetzen zum Ausdruck gelangt ist. Denn dadurch, daß die Gesetze auf den § 839 verweisen, machen sie die Haftung des Staates von dem subjektiven Verschulden eines bestimmten Beamten abhängig. Läßt sich dieser nicht ermitteln, so läßt sich auch sein Verschulden nicht erweisen, und damit würde auch die Haftung des Staates entfallen. Diese

---

[1]) vgl. auch Delius S. 203ff.; Oertmann Anm. 1b $\alpha\beta\beta$ zu § 276; Planck Anm. 2 zu § 276; RG. bei Gruchot Bd. 50 S. 930ff.; RGE. Bd. 68 S. 423; RG. in Seufferts Arch. Bd. 64 S. 393; Kraft in DJZ. 1909 S. 1415ff.; Enneccerus § 196 II a. A.; Klewitz S. 27; Meltz S. 21ff.; Liszt S. 55.

[2]) vgl. auch RG. bei Gruchot Bd. 28 S. 970.

[3]) Für das preuß. Gesetz S. 3; für das Reichsgesetz S. 8 der Komm.-Ber.

[4]) vgl. Delius S. 369, 386 Anhang S. 7 Anm. 7; Mertin in DJZ. 1909 S. 1360; Josef in Gesetz u. Recht 1909 Heft 2 S. 39; Marcus, Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbark. 1910 Heft 15 S. 516.

Ansicht vertritt Coester (S. 323 Ziff. 8), der ausführt: „Der Verletzte muß den Beamten namhaft machen können, der ihn verletzt hat. Er kann seine Ersatzforderung gegen den Staat nicht in der Weise begründen, daß er den Nachweis führt, der Schaden müsse von einem Beamten, unbestimmt welchem, verursacht sein". In der Anm. 1 S. 323 führt er den Fall des Arbeiters Biewald an, dem bei einem Auflauf die Hand von einem Schutzmann abgehauen wurde, ohne daß es gelang, den Schutzmann namhaft zu machen. Coester ist der Ansicht, daß in diesem Falle eine Ersatzpflicht des Staates nach dem neuen Gesetze ausgeschlossen sei.

Wann im einzelnen Falle Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, ist Tatfrage[1]) und wird oft schwer zu entscheiden sein. Jedenfalls liegt ein Verschulden dann nicht vor, wenn der Beamte die verletzende Handlung in entschuldbarem Irrtum für erlaubt gehalten hat. Es kann sich hier um einen Tatirrtum oder einen Rechtsirrtum handeln.

Ein Rechtsirrtum kann nur ausnahmsweise als Entschuldigungsgrund gelten, wenn die Rechtsnormen selbst an Unklarheit und Zweideutigkeiten leiden oder ungewöhnlich verwickelte Tatbestände die richtige Gesetzesanwendung verhindert haben.[2]) Natürlich kann man selbst von einem juristisch vorgebildeten Beamten nicht verlangen, daß er sämtliche Reichs- und Partikulargesetze beherrscht und die ergangenen Entscheidungen kennt. Denn das ist einfach unmöglich. Auch hier ist ein vernünftiger Durchschnittsmaßstab anzulegen. Wenn sich der Beamte bei verschiedener Rechtsauffassung über eine Frage mit guten Gründen einer Meinung anschließt, so fällt ihm m. E. ein Verschulden nicht zur Last, auch wenn es nicht die herrschende Meinung ist, oder wenn sie später von einer höheren Instanz nicht gebilligt wird.

Ähnlich verhält es sich mit dem Tatirrtum. Auch dieser hebt ein Verschulden des Beamten auf, wenn der Beamte die Tatsachen mit der erforderlichen Sorgfalt geprüft hat. O. Mayer

---

[1]) vgl. Delius S. 203.

[2]) vgl. RG. bei Gruchot Bd. 30 S. 137 und JurW. 1894 S. 93.

(Bd. 1 § 7) führt hierfür folgendes Beispiel an: Ein Polizeibeamter sollte unnötigerweise eine Scheune bei einer Feuersbrunst niedergerissen haben, wozu er sich irrtümlich berechtigt glaubte, weil ihm das Niederreißen notwendig erschien. Dieser Irrtum entschuldigt den Beamten.

Ein weiterer Fall, in dem den Beamten kein Verschulden trifft, ist der, daß er im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit eine Amtspflichtverletzung begangen hat. Hier könnte man sich zunächst fragen, ob überhaupt eine Amtshandlung vorliegt. Diese Frage beantwortet Coester (S. 309) zutreffend: könnten nur geistig gesunde Beamte Amtshandlungen vornehmen, so wäre nicht denkbar, daß der Staat für Amtspflichtverletzungen geisteskranker Beamten einstehen sollte. Der Rechtssatz des Privatrechtes, daß Unzurechnungsfähige schlechthin geschäftsunfähig und ihre Handlungen rechtlich bedeutungslos sind, gilt für das öffentliche Recht nicht.[1])

Die Amtshandlung eines geisteskranken Beamten ist, wenn sie sachlich richtig und in der Form ordnungsmäßig ist, vollkommen gültig.

Verletzt der Beamte eine Amtspflicht, so trifft nach dem Abs. 2 des § 1 beider Gesetze die Haftung hierfür den Staat usw., ohne daß dieser sich stets an dem Beamten schadlos halten könnte. Denn der Beamte ist nach § 827 BGB. von der Haftung frei, es sei denn, daß er nach § 827 Satz 2 haftet. Dieser bestimmt nämlich, daß es dem Schädiger als Fahrlässigkeit angerechnet werden soll, wenn er sich selbst durch geistige Getränke und ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand der genannten Art versetzt hat.

Die Haftung des Staates ist jedoch nicht unbedingt festgesetzt, sondern es sind in dem Abs. 2 des § 1 zwei Einschränkungen gemacht.

Einmal haftet der Staat nur, wie wenn dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last fiele, und zweitens nur, soweit es der Billig-

[1]) § 61 RBG.

keit entspricht. Die Bestimmung der Haftung aus Billigkeitsgründen findet sich auch im § 829 BGB., der ohne weiteres nach seinem klaren Wortlaute nicht auf die Beamtenhaftung aus § 839 BGB. anzuwenden wäre.[1]) Dem Staate gegenüber wird eine Nichthaftung aus Billigkeitsgründen nicht allzuoft in Betracht kommen.

Zu erwähnen ist noch der Fall, daß mehrere Beamte sich zusammen eine Amtspflichtverletzung haben zuschulden kommen lassen. Sie haften dann nach § 840 BGB. als Gesamtschuldner. Es muß jedoch bei jedem einzelnen ein Verschulden vorliegen. Einerlei ist es dabei, ob den einzelnen Mitgliedern in verschiedenem Grade eine Fahrlässigkeit zur Last fällt.[2]) Hat ein Mitglied aber vorsätzlich, ein anderes nur fahrlässig gehandelt, so kann nur das letztere, nicht auch das erstere gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 sich auf subsidiäre Haftung berufen.[3]) Diejenigen Mitglieder, denen nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, können den Verletzten zunächst an diejenigen Mitglieder verweisen, denen Vorsatz zur Last fällt. Haben sämtliche Mitglieder nur fahrlässig gehandelt, so können sie nicht gemäß § 839 die Verantwortung gegenseitig aufeinander abschieben. Dies bestätigt das Reichsgericht, indem es ausführt[4]): „Wäre in diesem Falle der § 839 Abs. 1 Satz 2 anzuwenden, so könnte ein jeder der mehreren Beamten, da ihnen nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, geltend machen, daß der Beschädigte erst nachweisen müsse, daß er von dem anderen Teile Ersatz nicht erlangen könne. Der Geschädigte würde also keinen der Beamten in Anspruch nehmen können, wenn nicht zufällig der eine von ihnen zum Ersatze des Schadens nicht imstande sein sollte. Das Resultat wäre so widersinnig, daß es zweifellos vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann". Bei einem Kollegium muß man unterscheiden, ob es sich um eine Amtspflicht handelt, die sämtlichen Mitgliedern oder nur einem einzelnen, z. B. dem

---

[1]) vgl. Staudinger Anm. 5 b β zu § 839.
[2]) RG. in JurW. 1899 S. 287.
[3]) Delius S. 267.
[4]) RGE. Bd. 51 S. 259.

Vorsitzenden oder Referenten, obliegt. Im letzteren Falle haftet nur der betreffende Beamte allein.[1])

Der Anspruch auf Ersatz des aus der Amtspflichtverletzung entstandenen Schadens ist aktiv und passiv vererblich, mit Ausnahme des Falles des § 847 BGB. Hier handelt es sich um Ersatz eines Schadens, der kein Vermögensschaden ist, sogen. immaterieller Schaden. Der Anspruch auf Ersatz dieses Schadens geht nur dann auf die Erben über, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist.

Eine Verjährung des Schadensersatzanspruches tritt in drei Jahren nach Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen, sonst nach 30 Jahren seit Begehung der Tat ein (§ 852 BGB.).

---

[1]) vgl. Delius S. 261.

Zweiter Teil.

Die Haftung unter dem besonderen Gesichtspunkte der in Ausführung eines gesetzwidrigen Befehls begangenen Pflichtverletzung.

Einleitung.

Im vorstehenden haben wir die Beamtenhaftung schlechthin betrachtet. Wir wenden uns nun zu den Pflichtverletzungen, die auf Grund eines gesetzwidrigen Befehls erfolgt sind.

Zu diesem Zwecke müssen wir eingehend prüfen, ob und wie weit ein Beamter überhaupt einem derartigen Befehl gegenüber zum Gehorsam verpflichtet ist.

Der Gehorsam des Beamten beruht auf seiner Pflicht zur dienstlichen Unterordnung unter die vorgesetzte Behörde, ohne die eine Zentralisation der Verwaltung unmöglich wäre.

Der Gehorsam wird auch in den Beamteneiden ausdrücklich gelobt, ebenso die Beobachtung der Verfassung — in dem Eid der Reichsbeamten auch der Gesetze —.[1]) Die dienstliche Gehorsamspflicht kann sich natürlich nur auf Befehle erstrecken, die sich auf den Dienst als solchen beziehen (dienstliche Befehle). Zum Gehorsam in Angelegenheiten, die nicht zum Dienste gehören, ist kein Beamter verpflichtet. So kann ihm z. B. nicht von dem Vorgesetzten befohlen werden, seinen Glauben zu wechseln oder ähnliches.

A. Der gesetzwidrige Befehl.

Der Befehl als solcher ist eine Anordnung, etwas zu tun oder zu unterlassen, gerichtet an jemanden, der sich in einem Unterordnungsverhältnis zu der anordnenden Stelle befindet,

[1]) vgl. § 3 RBG. und Art. 108 preuß. VU. Die Form des Reichsbeamteneides ist durch Verordnung v. 29. 6. 1871 (RGBl. S. 303), diejenige des preußischen Beamteneides durch Verordnung v. 6. 5. 1867 (GS. S. 715) bestimmt.

durch das er verpflichtet ist, der Anordnung Folge zu leisten. Durch das Erfordernis der Unterordnung und Gehorsamspflicht unterscheidet sich der Befehl von dem Auftrag oder Wunsch. Wir fassen vorliegend den Befehl in einem weiteren Sinne, nämlich so, daß wir darunter nicht nur einen einzelnen für einen konkreten Fall gegebenen Befehl verstehen, sondern auch Anordnungen oder Instruktionen, die ein bestimmtes Verhalten für eine unbestimmte Anzahl gleicher oder ähnlicher Fälle vorschreiben, und begreifen darunter nicht nur in bestimmter Form erlassene Befehle, sondern auf jede Art der Verständigungsmöglichkeit an den Untergebenen übermittelte Willensäußerungen.

Der gesetzwidrige Befehl kann entweder formell oder materiell gesetzwidrig sein, d. h. er kann mit den Formenvorschriften oder dem Inhalt des Gesetzes in Widerspruch stehen. Im einzelnen wird weiter unten darauf einzugehen sein, ebenso auch auf den militärischen Befehl.

B. Die Gehorsamspflicht des Beamten.

1. Verschiedene Theorien über die Gehorsamspflicht.

Über die Gehorsamspflicht des Beamten bestanden und bestehen noch heute verschiedene Theorien.[1]) Eine der ältesten ist die sogen. Zweifelstheorie.[2]) Nach ihr hat der Beamte dem offenbar gesetzwidrigen Befehle den Gehorsam zu versagen, während er bei bloßem Zweifel über die Gesetzmäßigkeit zum Gehorsam verpflichtet ist. Sie wird unter den neueren Staatsrechtslehrern noch von Georg Meyer vertreten.[3]) Sie bietet jedoch insofern Bedenken, als es meist für die Beamten schwer sein wird, zu entscheiden, wann ein Befehl offenbar gesetzwidrig ist. Weiter unten wird noch auf sie zurück-

[1]) In manchen Staaten ist eine Prüfung der Befehle Vorgesetzter den Beamten versagt. So bestimmt z. B. die hessische Verfassung in § 109, daß die Beamten auch gesetzwidrigen Befehlen Folge zu leisten haben.

[2]) Vertreten zuerst z. B. von Grotius, Pufendorf, Leyser u. a., angeführt bei Freund S. 118.

[3]) Meyer-Anschütz S. 514f. (Anschütz selbst vertritt diese Theorie nicht).

gekommen werden, da Fälle der offenbaren Gesetzwidrigkeit sehr wohl vorkommen können.

Jedenfalls hat sie m. E. mehr Berechtigung als die sogen. Remonstrationstheorie. Diese wurde zuerst von Seuffert und v. d. Becke[1]) aufgestellt und dann hauptsächlich von Gönner ausgebaut. Gönner steht noch auf dem Prinzip des unbedingten Gehorsams, mildert dies aber insoweit, als er den Beamten nicht nur für berechtigt, sondern auch für verpflichtet hält, die vorgesetzte Behörde mit „bescheidener Freimütigkeit“ [1]) auf seine Zweifel an der Rechtmäßigkeit oder Zweckmäßigkeit des erteilten Befehles aufmerksam zu machen. Beharre dann die vorgesetzte Behörde bei ihrem Befehle, so bliebe ihm nur die „glora obsequii“ und ihm treffe keine Verantwortlichkeit für die Folgen; er könne sagen: „dixi et liberavi animam“.

Diese Remonstrationstheorie hat sich bis in die neueste Zeit erhalten. Sie findet sich in den Verfassungen verschiedener Bundesstaaten[2]) und auch in der Reichsmilitärstrafgerichtsordnung v. 1. 12. 1898 § 97 Abs. 3: „Hält der Militärjustizbeamte eine Weisung, Verfügung oder Entscheidung (des vorgesetzten Gerichtsherrn) mit den Gesetzen oder sonst maßgebenden Vorschriften nicht vereinbar, so hat er dagegen Vorstellung zu erheben. Bleibt diese erfolglos, so hat er der Weisung des Gerichtsherrn, welcher alsdann allein die Verantwortung trägt, zu entsprechen, den Vorgang jedoch aktenkundig zu machen“.

Mit Ausnahme der Militärjustizbeamten ergibt sich weder aus dem Reichsrecht (Reichsbeamtengesetz) noch aus dem allgem. Landrecht ein Remonstrationsrecht oder gar eine Pflicht für den Beamten. Die Remonstrationstheorie ist auch m. E. zu verwerfen, wie namentlich Laband[3]) überzeugend nachgewiesen hat: „Denn“, so führt er aus, „ein rechtswidriger und nichtiger Befehl wird nicht dadurch wirksam, daß er zweimal erteilt wird;

---

[1]) Gönner S. 201 u. 202.

[2]) z. B. württemb. VU. v. 25. 9. 1819 § 53; vgl. die bei Freund S. 118ff. zitierte Literatur sowie Meyer-Anschütz S. 514 und Laband, D. Staatsrecht Bd. 1 S. 432; Rönne-Zorn Bd. 1 S. 462 nimmt ein Remonstrationsrecht an.

[3]) vgl. Laband Bd. 1 S. 432 Anm. 2.

ein Beamter, dem die Befolgung eines Befehls gesetzlich untersagt ist, kann nicht dadurch, daß er dies der Oberbehörde gegenüber ausgesprochen hat, nunmehr zur Ausführung dieses Befehls verpflichtet und befugt werden. Sonst könnte sich jeder Beamte durch eine zum Schein vorgebrachte Remonstration decken.“ Auch aus praktischen Gründen ist die Remonstrationstheorie unzweckmäßig, da sich über jeden Befehl ein Schriftwechsel erheben könnte, der einen geregelten Geschäftsbetrieb völlig unmöglich machen würde. Die vorgesetzte Behörde könnte schließlich die Remonstration dadurch vereiteln, daß sie bei Erteilung des Befehls gleichzeitig bemerkte, eine Remonstration werde fruchtlos sein. Die Lösung der Frage kann nach Laband nur dadurch gefunden werden, daß man fest bestimmt, wie weit sich die eigene selbständige Verantwortlichkeit des Beamten erstreckt.

Einen Anhalt hierfür ergeben die §§ 10 u. 13 RBG. Nach § 13 ist jeder Reichsbeamte für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich, und nach § 10 hat der Reichsbeamte die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen.

„Die Prüfung der Gesetzmäßigkeit aller dienstlichen Anordnungen muß also von jedem Beamten, und zwar auf eigene Gefahr, vorgenommen werden.“ [1])

Worauf muß sich diese Prüfung erstrecken?

2. Die Theorie Labands.

Laband stellt hierfür drei Fragen auf, die von fast allen Schriftstellern, welche diese Materie behandeln, übernommen sind.

Auch im folgenden sollen diese Fragen zugrunde gelegt werden. Sie lauten: „Ist die befehlende Behörde kompetent, den Befehl zu erlassen? Ist der beauftragte Beamte kompetent, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen? Ist der Befehl in der vorschriftsmäßigen Form erteilt worden?“

Beginnen wir mit der letzten Frage, die am einfachsten zu entscheiden ist. Denn die Prüfung, ob die vorgeschriebene Form

---

[1]) Laband Bd. 1 S. 432.

des Befehls gewahrt ist — soweit natürlich überhaupt eine Form vorgeschrieben ist — wird meist zu Schwierigkeiten keine Veranlassung bieten. Man wird sie in der Regel auch von dem Unterbeamten verlangen können, an dessen dienstliche Ausbildung sonst keine großen Anforderungen gestellt zu werden pflegen. Denn in den meisten Fällen wird es sich um eine rein formelle Nachprüfung handeln, ob der Befehl richtig ausgefertigt ist, ob er unterschrieben und untersiegelt ist, ob das Urteil auch mit Vollstreckungsklausel versehen ist usw. Fehlt eine dieser erforderlichen Formalien — vorausgesetzt, daß die Formvorschrift wesentlich ist —, so liegt ein gültiger Befehl nicht vor und der betreffende Beamte, der einen derartigen Befehl ausführt, würde sich, falls ihn Verschulden trifft, verantwortlich machen.

Schwieriger zu entscheiden wird schon oft die zweite Frage sein, ob der Beamte selbst zur Vollziehung des Befehls zuständig ist, d. h. ob er sowohl die örtliche als auch die sachliche (abstrakte) Zuständigkeit dafür besitzt.

Im allgemeinen wird man jedoch von einem Beamten verlangen können, daß er seine Instruktion, die seine dienstlichen Befugnisse bestimmt, genau kennt.

Befehle, die nicht in seinen Dienstbereich fallen, ist er nicht verpflichtet auszuführen, sondern er hat lediglich das ihm übertragene Amt wahrzunehmen (§ 10 RGB.). Dies wird im allgemeinen nicht von seinem Vorgesetzten durch Befehle erweitert werden können.

Nur wenn eine Behörde dazu berufen ist, über die Zuständigkeit einer anderen Behörde oder eines Beamten zu entscheiden, ist dieser an die ergangene Entscheidung gebunden. Er braucht dann nicht mehr seine Zuständigkeit zu prüfen, da diese durch die Entscheidung formell begründet ist.

Am schwierigsten ist die Prüfung der Frage, ob die befehlende Behörde zum Erlaß des Befehls zuständig war, ob also mit anderen Worten der ergangene Befehl formell gesetzmäßig erlassen ist.

Nach Laband beruht die Pflicht zur Prüfung der Kompetenz des Vorgesetzten darauf, daß dieser seine eigene Kompetenz nicht durch seine eigenen Verfügungen erweitern kann, und daß

eine Anordnung, die außerhalb der Kompetenz des Vorgesetzten liegt, rechtlich nicht als amtliche wird gelten können. Man wird sich diesen Ausführungen, die nicht bestritten sind, anschließen können. Überschreitet also der Vorgesetzte seine Kompetenz, so ist der auf solche Weise ergangene Befehl formell rechtswidrig und er braucht deshalb von dem Untergebenen nicht befolgt zu werden. Dieser muß sogar prüfen, ob der Vorgesetzte im Rahmen seiner Zuständigkeit befohlen hat.

Die Auffassung, daß die Prüfungspflicht des Untergebenen sich in der geschilderten Weise lediglich auf die formellen Voraussetzungen des gegebenen Befehls zu erstrecken hat, wird bestätigt durch die Entstehungsgeschichte der §§ 10 u. 13 RBG.[1]) Aus dieser geht hervor, daß dem Begriffe der „Gesetzmäßigkeit" die ähnlich lautenden Begriffe der §§ 110 u. 113 RStGB.[2]) und des § 161 des Vereinszollgesetzes v. 1. 7. 1869 zugrunde gelegt worden sind, die damals schon eine feststehende Auslegung erfahren hatten, nämlich dahingehend, daß der Untertan nur die formellen Voraussetzungen der Amtstätigkeit des Beamten prüfen dürfe, und daß ein formell ordnungsmäßig erlassener Befehl auch rechtmäßig sei.

Den gleichen Maßstab, den der Untertan dem Beamten gegenüber anlegen darf, muß dieser aber auch seinem Vorgesetzten gegenüber anwenden bei Prüfung der Rechtmäßigkeit seiner Befehle. Denn das Verhältnis ist in beiden Fälllen das gleiche. Nur formell ordnungsmäßigen Befehlen wird Gehorsam geschuldet.[3])

---

[1]) vgl. Freund S. 24 ff.; Rechtspr. d. RG. Bd. 4 S. 418; Perels und Spilling, Kanngießer, Thudichum zu §§ 10 u. 13 RBG.

[2]) vgl. Bolze bei Goltdammer Bd. 23 S. 391; v. Kirchenheim S. 151 ff.

[3]) vgl. hierzu Freund S. 124 ff. (sehr ausführlich zu dieser Frage); Kanngießer S. 43—50, 53—68 zu §§ 10 u. 13 RBG., der die Reichstagsverhandlungen wiedergibt; Kleinfeller a. a. O. S. 289, während sich Bauer (S. 895) gegen einen Vergleich des event. zum Widerstand berechtigten Untertanen mit dem Beamten wendet, da für jenen nur ein Dulden, für diesen aber ein Handeln in Frage kommt. Seinen Ausführungen kann man sich mit Rücksicht auf die bei Beratung der §§ 10 u. 13 RBG. zutage getretene Auffassung der gesetzgebenden Organe nicht anschließen.

Gegen die Heranziehung der §§ 110 u. 113 RStGB. und des § 161 des Vereinszollgesetzes zur Begründung der formellen Prüfungspflicht der Beamten wendet sich Heilborn in der Festschrift zu Gierkes 70. Geburtstag (S. 128), indem er ausführt, die angezogenen Gesetze bestimmten nicht den Begriff der Rechtsgültigkeit und Rechtmäßigkeit, sondern setzten ihn voraus. Das ist nicht zu bestreiten. Die Begriffe sind aber nicht als solche aus den betreffenden Gesetzen in das Reichsbeamtengesetz hinübergenommen worden, sondern, wie oben erwähnt, nur im Sinne der Auslegung, die sie in Theorie und Praxis erfahren hatten.

Im übrigen kommt Heilborn, wie weiter unten ausgeführt wird, auch zu dem Resultat, daß dem Beamten eine formelle Prüfungspflicht obliegt.

3. Das materielle Prüfungsrecht.

Ein materielles Prüfungsrecht, ob der Vorgesetzte die bestehenden Gesetzesbestimmungen richtig angewendet hat, wird dagegen dem Untergebenen fast allgemein versagt. Namentlich Laband (S. 433) weist auf die Folgen hin, die die Annahme eines solchen nach sich ziehen würde. Dadurch würde die gesamte Behördenorganisation auf den Kopf gestellt, indem schließlich die unterste Instanz an die Stelle der obersten gesetzt wäre, ein Gedanke, den schon Gönner[1]) geäußert hat.[2])

Man kann diesen Gesichtspunkten im allgemeinen zustimmen. Ein uneingeschränktes materielles Prüfungsrecht ist sicher zu verwerfen. Daß es in ganz beschränkter Form dem Beamten in gewissen Fällen nicht versagt werden darf, und daß er in einem Falle sogar eine materielle Prüfungspflicht hat, soll im folgenden gezeigt werden. Selbstverständlich darf sich die materielle Prüfung des Unterbeamten nicht darauf erstrecken,

---

[1]) S. 208.

[2]) Dieselben Bedenken hat übrigens Bornhak (Grundriß S. 50) auch gegenüber der formellen Prüfung: „Damit macht man den untersten Beamten zum obersten Kompetenzgerichtshof". Ebenso Otto Mayer, D. VerwR. Bd. 2 S. 238f.

ob der Befehl auch rechtsbeständig ist, d. h. ob er nicht vielleicht von der höheren Instanz später wieder aufgehoben wird. Denn rechtsunbeständige Befehle sind nicht notwendigerweise auch stets rechtswidrig.[1]) Um eine Prüfung der Rechtswidrigkeit kann es sich aber hier nur handeln, nicht etwa um eine Prüfung der besseren oder weniger guten Rechtsauslegung oder gar der Zweckmäßigkeit einer Anordnung.

Ein formell rechtmäßiger Befehl kann unter Umständen materiell rechtswidrig sein. Wann und wie weit ist dies von dem Untergebenen zu berücksichtigen?

Verhältnismäßig leicht ist die Frage zu entscheiden, wann durch den Befehl eine strafbare Handlung von dem Untergebenen verlangt wird. Hier könnte man schließlich auch mit der Theorie der formellen Prüfungspflicht zu demselben Ziele kommen, und zwar mit der Prüfungspflicht der Kompetenz des befehlenden Vorgesetzten.[2]) Dieser, so kann man sagen, ist nicht kompetent, eine strafbare Handlung zu befehlen, und deshalb braucht der Untergebene nicht zu gehorchen. Diese Prüfung ist jedoch in Wirklichkeit eine materielle, da sie sich in erster Linie auf den materiellen Inhalt des Befehls bezieht.[3])

Die Prüfung, ob durch Ausführung des Befehls eine strafbare Handlung entsteht, muß m. E. der Beamte vornehmen, wenn er sich nicht haftbar machen will.[4]) Insofern trifft ihn für diesen Fall, und zwar nur für diesen, eine materielle Prüfungspflicht.

Häufig kommt es allerdings vor, daß ein Befehl eine Handlung verlangt, die an sich unter ein Strafgesetz fällt und rechtswidrig ist. Es wird aber durch den Befehl, der sich auf eine Sonderbestimmung stützt, die Rechtswidrigkeit beseitigt. So enthält z. B. jede Verhaftung eine Freiheitsberaubung, die jedoch durch den ordnungsmäßig erlassenen Haftbefehl erlaubt wird.

---

[1]) vgl. M. E. Mayer a. a. O. S. 127ff.
[2]) vgl. z. B. Girginoff S. 20; Freund S. 137.
[3]) So auch Heilborn S. 129 a. E. und S. 130.
[4]) vgl. Heilborn S. 138.

Wie aber, wenn z. B. die materiellen Voraussetzungen für den Erlaß eines Haftbefehls nicht vorliegen?

Darf der Untergebene oder muß er sogar dies prüfen?

Es ist schon erwähnt, zu welchen Konsequenzen eine allgemeine materielle Nachprüfungspflicht führen würde, und daß sie deshalb aus praktischen Gründen im allgemeinen durchaus abzulehnen ist. Wenn nun aber der Untergebene ganz genau weiß, daß die ihm befohlene Handlung widerrechtlich ist, muß er sie dann trotzdem ausführen?

M. E. ist das zu verneinen, denn es kann von niemand verlangt werden, daß er ein Unrecht begeht.

Nehmen wir z. B. den Fall an, der Arbeiter Franz Müller hat ein Verbrechen begangen und soll verhaftet werden; im Gerichtsgebäude befindet sich ein Mann, der sich für den Arbeiter Franz Müller ausgibt, in Wirklichkeit aber dessen Bruder Karl Müller ist. Der Amtsrichter erläßt einen Haftbefehl und befiehlt einem Polizeibeamten, auf Grund dieses Haftbefehls diesen im Gerichtsgebäude befindlichen Franz Müller zu verhaften. Der Polizeibeamte weiß aber, daß es der Franz Müller nicht ist. Muß er hier dem Befehle gehorchen?

Formelle Bedenken liegen nicht vor. Der Richter ist zuständig, ebenso der Polizeibeamte, und der Haftbefehl ist formell in Ordnung.

M. E. braucht er hier nicht zu gehorchen, denn er weiß positiv, daß etwas Rechtswidriges von ihm verlangt wird, nämlich eine Person zu verhaften, die nicht verhaftet werden darf.[1]) Insoweit würde er also eine materielle Nachprüfung vornehmen, zu der er m. E. nur das Recht, nicht die Pflicht hat. Hat der Beamte die materielle Rechtswidrigkeit zweifellos erkannt, so darf er sie auch berücksichtigen: hier beginnt sein Recht, den Gehorsam zu verweigern. Falls es jedoch zweifelhaft ist, ob der Befehl materiell rechtswidrig ist, also namentlich wo es sich, wie schon erwähnt, um die Auslegung eines Gesetzes handelt, bleibt seine Gehorsamspflicht

---

[1]) Strafbar würde er sich natürlich nicht machen, da der formell rechtmäßige Befehl ihn stets deckt.

bestehen.[1]) Dies geben auch die meisten Schriftsteller zu, die sonst jede Nachprüfung in materieller Beziehung verwerfen.[2])

Schließlich läßt sich aber auch nicht leugnen, daß die formelle Prüfung oft gerade so große und vielleicht noch größere Schwierigkeiten bieten kann als die materielle Prüfung. Meist jedoch wird die formelle Prüfung mechanischer und daher einfacher sein.

Wir kommen somit zu dem Resultat, daß jeder Untergebene eine unbedingte formelle und eine materielle Prüfungspflicht in der geschilderten Weise und ein engbegrenztes Prüfungsrecht in materieller Beziehung hat, das sich nur auf die offenbare Rechtswidrigkeit[3]) erstreckt.

Ergibt sich auf die eine oder andere Weise die Gesetzwidrigkeit des ihm erteilten Befehls, so ist er für diesen Fall von der dienstlichen Gehorsamspflicht befreit.

4. Die Theorie Heilborns.

Neuerdings hat sich Heilborn in der schon erwähnten Festschrift für Gierke eingehend mit der Frage der Gehorsamspflicht befaßt. Er prüft die Frage für die preußischen und Reichsbeamten gesondert, kommt aber für beide zu dem gleichen Resultat. Im Gegensatz zu Laband legt er dem Beamten eine formelle und materielle Prüfungspflicht auf, kommt also im wesentlichen zu dem oben gefundenen Ergebnis.

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken: er unterscheidet zwischen Vollstreckungsbeamten und solchen Beamten, die selbst zur Anwendung des Rechts berufen sind,[4]) hält aber die Unter-

---

[1]) vgl. Meyer-Anschütz S. 515.

[2]) z. B. O. Mayer S. 143; Löning S. 122; Bauer S. 890; Bornhak Bd. 2 S. 50. Die Grenzen sind auch oft sehr flüssig zwischen einer materiellen und formellen Prüfung, so daß sich vielfach eine Prüfung als formell hinstellen läßt, die in Wirklichkeit schon in das materielle Gebiet hinübergreift.

[3]) oder, wie G. Meyer S. 514 (Meyer-Anschütz) sagt: „Verfügungen, welche dem klaren Wortlaute eines Gesetzes widersprechen".

[4]) S. 131.

scheidung anscheinend selbst für nicht scharf durchgreifend; vgl. S. 131: „da dem Untergebenen eine gewisse Rechtsanwendung immer zur Last fällt".

Ferner beschränkt er die formelle und materielle Prüfungspflicht des Untergebenen nur auf seine eigenen Amtshandlungen, nicht auf die des Vorgesetzten.[1])

Während man ihm im großen und ganzen zustimmen kann, wird man ihm hierin nicht folgen können.

Denn wenn der auf Befehl seines Vorgesetzten handelnde Untergebene seine eigene Amtshandlung auf ihre formelle und materielle Rechtmäßigkeit prüft, prüft er implizite auch die des Vorgesetzten. Eine strenge Scheidung läßt sich hier nicht durchführen.

Wenn er S. 130 mit dem Reichsgericht[2]) von einem Gemeindediener die Prüfung der „materiellen Gesetzmäßigkeit" der von dem Gemeindevorsteher zu Unrecht verfügten vorläufigen Festnahme verlangt, so mutet er ihm eben die Prüfung einer Amtshandlung eines Vorgesetzten zu. Er wird sich jedoch dessen nicht bewußt, denn er fährt fort: „Hiernach muß der Lehre beigetreten werden, welche den Beamten für die materielle wie für die formelle Gesetzmäßigkeit seiner auf Befehl hin vollzogenen Amtshandlungen verantwortlich macht, ihm also auch die entsprechende Prüfung zumutet", und weiter (S. 131): „Der Beamte ist verantwortlich für die Gesetzmäßigkeit seiner, d. h. seiner eigenen Handlungen, nicht für die Gesetzmäßigkeit der Amtshandlungen seines Vorgesetzten". „Es ist also zu prüfen, wo die Amtshandlung des einen Befehl ausführenden Untergebenen beginnt und was sie umfaßt. Die Entscheidung hängt davon ab, ob dem auf Befehl handelnden Beamten im konkreten Fall die Rechtsanwendung obliegt oder nur die Ausführung des die Rechtsanwendung enthaltenden Aktes der vorgesetzten Behörde. Oder, da dem Untergebenen eine gewisse Rechtsanwendung immer zur Last fällt: soweit er selbst zur Rechtsanwendung berufen ist, hat er nicht zu gehorchen, sondern selbständig zu entscheiden;

---

[1]) S. 130, 131, 133.

[2]) RG. in Strafs. Bd. 6 S. 439ff.

soweit er dagegen nur die Anordnung des Vorgesetzten auszuführen hat, geht ihn deren materielle Richtigkeit nichts an.“ Eine Scheidung dieser Art wird sich m. E. in der Praxis kaum durchführen lassen: z. B. ein Gerichtsvollzieher soll einen Pfändungsbeschluß ausführen, in dem die Pfändung einer unpfändbaren Sache angeordnet ist. Soll er dann sagen, die Prüfung, ob eine Sache pfändbar ist, ist ein Fall der Rechtsanwendung, also ich gehorche nicht, oder die Vollstreckung ist die Ausführung einer Anordnung eines Vorgesetzten, deren materielle Richtigkeit mich nichts angeht, ich gehorche also und pfände?

Auch hier würde der Untergebene, wenn er sich auf den ersten Standpunkt stellte, eine materielle Prüfung des Befehlens des Vorgesetzten vorgenommen haben.

Dieses kurze Beispiel möge genügen, um zu zeigen, daß auch Heilborn die Lösung dieser überaus schwierigen Fragen nicht vollständig geglückt ist. Es soll damit jedoch keineswegs gesagt werden, daß die oben vorgetragenen Konstruktionen dies für sich in Anspruch nehmen. Heilborn scheint es auch, wie aus einer Bemerkung auf S. 131 hervorgeht, im wesentlichen auf die theoretische Lösung anzukommen. In der Hauptsache kann man ihm zustimmen, besonders darin, daß er auch eine materielle Prüfung verlangt, wie er später ausführt, hauptsächlich gegenüber den Strafgesetzen und Verbotsgesetzen.

Eine bestimmte Anweisung, wie sich der Beamte in dem einzelnen Falle zu verhalten hat, läßt sich tatsächlich kaum geben. Eine vernünftige Dienstauffassung, die nicht in einen fruchtlosen Formalismus ausartet und stets das Wohl der Allgemeinheit im Auge hat, wird auch hier die beste Richtschnur für den Beamten sein und ihn vor Übertreibungen schützen.

C. Die Folgen der Gehorsamspflicht auf die Haftung des Beamten für Amtspflichtverletzungen.

1. Einleitung.

Im ersten Teile haben wir im Abschnitt B die Beamtenhaftpflicht schlechthin behandelt.

Wir müssen sie nun noch auf Grund der im vorstehenden gewonnenen Resultate unter dem besonderen Gesichtspunkte der infolge eines gesetzwidrigen Befehls begangenen Amtspflichtverletzungen prüfen.

Nach § 839 BGB. muß der Beamte, wenn er haften soll, entweder vorsätzlich oder fahrlässig, mit anderen Worten schuldhaft gehandelt haben.

Sein Verschulden muß sich auf die Verletzung der ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht beziehen.

Es fragt sich, welchen Einfluß der Befehl eines Vorgesetzten auf das Verschulden des handelnden Beamten haben kann.

Nimmt man eine unbedingte Gehorsamspflicht des Beamten an, so kann von einem Verschulden des Beamten keine Rede sein. Erteilt der Vorgesetzte einen gesetzwidrigen Befehl, so ist er allein für den durch die Ausführung des zum Gehorsam verpflichteten Beamten entstehenden Schaden haftbar.

Für den Untergebenen bildet aber der zu befolgende Befehl nicht nur einen das subjektive Verschulden beseitigenden Schuldausschließungsgrund, sondern er beseitigt sogar die objektive Widerrechtlichkeit der Handlung.[1]) Denn wenn der zum Gehorsam verpflichtete Untergebene dem Befehle nachkommt, so erfüllt er seine Amtspflicht, begeht also keine widerrechtliche Amtspflichtverletzung.[2])

Zu unbedingtem Gehorsam verpflichtete Beamte gibt es aber, wie wir oben gesehen haben, nicht mehr, sondern sie haben eine gewisse Selbständigkeit gegenüber ihrem Vorgesetzten. Sie können sich daher durch Ausführung eines gesetzwidrigen Befehls haftbar machen.

2. Anwendung der gewonnenen Resultate über die Gehorsamspflicht auf die Haftung der Beamten.

Nach Laband ist der Beamte nur zu einer Prüfung der Formalien des Befehls verpflichtet. Ist dieser zwar materiell

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 730; Staudinger Anm. 2 B 6 zu § 823; Planck Anm. 2c zu § 823; Matthiaß S. 410 III B; Goldmann-Lilienthal S. 883 Anm. 11; Liszt, DelObl. S. 96; Coester S. 321.

[2]) vgl. über den Ausschluß der Widerrechtlichkeit auch Zitelmann S. 21.

gesetzwidrig, aber formell in Ordnung, so ist der Beamte, der den Befehl ausführt, gedeckt. Er braucht nicht zu haften.

Wir werden auf Grund der gewonnenen Resultate zu einer weitergehenden Haftung gelangen müssen.

Wir unterscheiden dabei, ob dem Beamten Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Hat der Beamte auf Grund seiner formellen Prüfungspflicht erkannt, daß der Befehl gesetzwidrig ist, und führt er ihn trotzdem aus, so begeht er vorsätzlich eine Amtspflichtverletzung. Denn er führt bewußt eine rechtswidrige Handlung aus. Sein Vorsatz kann sich aber auch darauf erstrecken, daß er bewußt die ihm obliegende Prüfungspflicht außer acht läßt. Denn dann führt er einen Befehl aus, dessen Gesetzmäßigkeit oder Gesetzwidrigkeit ihm einerlei ist. Eine etwa vorhandene Gesetzwidrigkeit, die er hätte prüfen und erkennen müssen, fällt ihm dann zur Last.

Auch bei der Fahrlässigkeit sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden. Sie kann sich einmal darin äußern, daß der Beamte seine Prüfungspflicht fahrlässig verkennt, und zweitens darin, daß er zwar die Prüfung vornimmt, dabei aber nicht mit der in seinem Amte erforderlichen Sorgfalt zu Werke geht.

So wird z. B. ein Polizeibeamter fahrlässig handeln, dem ein Richter einen Haftbefehl übergibt mit der Versicherung, er sei in Ordnung. In Wirklichkeit fehlt aber die Unterschrift des Richters. Es ist also eine wesentliche Formvorschrift verletzt, zu deren Prüfung der Beamte, wie wir oben gesehen haben, nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist. Er würde also im vorliegenden Falle, wenn er der Versicherung des Richters vertraut, fahrlässig seine Prüfungspflicht und durch Vollstreckung des Haftbefehls auch die ihm dem zu Verhaftenden gegenüber obliegende Amtspflicht verletzen. Denn die Formvorschriften sind zum Schutze des Publikums gegeben, ohne ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 zu sein.

Ein weiteres Beispiel wäre folgendes:

Ein Beamter erhält den Befehl, eine Amtshandlung vorzunehmen, die seltener vorkommt und die er noch nie vorgenommen hat. Er zweifelt, ob er dazu zuständig ist. Statt

aber in seiner Dienstvorschrift nachzusehen, in der der Fall ausdrücklich vorgesehen ist, begnügt er sich damit, einen Kollegen zu fragen, und nimmt auf dessen Rat eine Amtshandlung vor, zu der er nicht zuständig ist. Hier wird man gleichfalls sagen können, daß der Beamte fahrlässig gehandelt hat, denn die für einen Beamten erforderliche Sorgfalt hätte verlangt, daß er bei einer zweifelhaften Frage seine Dienstvorschrift nachgelesen und sich gerade bei einer seltener vorkommenden Amtshandlung nicht auf einen andern verlassen hätte.

Wenn aber die Frage so schwierig ist, daß der Beamte auch bei sorgfältiger Prüfung mit allen ihm zu Gebote stehenden Hilfsmitteln die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht erkennen konnte, wird man von einer Fahrlässigkeit nicht reden können.

Solche Fälle werden besonders häufig bei materiell zweifelhaften Fragen vorkommen, bei denen, wie wir oben ausgeführt haben, für den Beamten auch nur im allgemeinen ein beschränktes Recht zur Prüfung anzunehmen ist.

Hat er zweifellos erkannt, daß der ihm erteilte Befehl materiell rechtswidrig ist, so handelt er m. E. fahrlässig, wenn er — gestützt auf die formelle Rechtmäßigkeit — ihn trotzdem ausführt und dadurch eine Amtspflichtverletzung begeht. Denn dann verfährt er nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

Ein Zweifel oder Irrtum seinerseits schließt hier stets sein Verschulden aus.

Handelt es sich jedoch um einen Befehl, der eine durch das Strafgesetz verbotene Handlung anordnet, ein Fall, der, wie oben erwähnt, m. E. in das materielle Gebiet zu rechnen ist und in dem den Beamten eine Prüfungspflicht trifft, so wird er sich nicht damit entschuldigen können, daß er die Strafbarkeit nicht erkannt habe. Denn die Kenntnis und Beobachtung der Strafgesetze wird von jedem verlangt.

Im übrigen wird ihn, wie gesagt, ein Verschulden nicht treffen, wenn er die materielle Rechtswidrigkeit nicht erkennt und einer Anordnung seiner vorgesetzten Behörde im Vertrauen auf ihre Richtigkeit nachkommt. Unter Umständen wird sich

hier die vorgesetzte Behörde haftbar machen, so daß der geschädigte Dritte doch noch Ersatz verlangen kann.

Hierauf brauchen wir jedoch ebenso wie auf die prozessuale Durchführung des Ersatzanspruches namentlich in Beziehung auf den Satz 2 Abs. 1 u. 3 des § 839 an dieser Stelle nicht einzugehen, da hier nur die materiellen Voraussetzungen des Ersatzanspruches in Betracht kommen. Deshalb braucht auch die Zulässigkeit einer Konfliktserhebung nicht erörtert zu werden.

Wir werden also auf Grund der vorstehenden Erörterungen zu dem Ergebnis kommen können, daß es im einzelnen Falle Tatfrage sein wird, wie weit der Befehl einer vorgesetzten Behörde das Verschulden des gehorchenden Beamten ausschließt.

So viel aber können wir nach den oben gewonnenen Resultaten sagen, daß dem Beamten ein Außerachtlassen der ihm obliegenden Prüfungs*pflicht* stets als Verschulden anzurechnen sein wird. Demgemäß wird auch das Gemeinwesen, in dessen Dienst der Beamte steht, haften, vorausgesetzt, daß die schuldhafte Amtspflichtverletzung von dem Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt begangen ist. Sonst haftet nur der Beamte persönlich.

Dritter Teil.

Die besondere Stellung des Soldaten.

Einleitung.

Der Soldat nimmt insofern gegenüber dem Beamten eine besondere Stellung ein, als seine Pflicht zum Gehorsam naturgemäß viel weitergehender als die des Beamten ist.

Daher wird sich unsere Betrachtung hauptsächlich auf eine eingehende Untersuchung der Gehorsams- und etwaigen Prüfungspflicht zu erstrecken haben. Die Haftung selbst erledigte sich durch Verweisung auf die Haftung des Beamten; sie weist keine Besonderheiten auf.

A. Die Gehorsamspflicht des Soldaten.

Wir haben uns also zunächst mit der Gehorsamspflicht des Soldaten zu befassen.

Vorausgeschickt sei, daß die Gehorsamspflicht für alle Personen des Soldatenstandes gleich ist, einerlei ob sie nur ihrer gesetzlichen Dienstpflicht genügen oder Berufssoldaten sind.[1])

1. Eine formelle Prüfungspflicht besteht für den Soldaten nicht.

Bei einer Prüfung der Grenzen der Gehorsamspflicht des Soldaten können wir nicht die oben gewonnenen formellen Gesichtspunkte, die für die Gehorsamspflicht des Beamten in Betracht kommen, verwerten, nämlich die Prüfung der eigenen Zuständigkeit und der des Vorgesetzten sowie die Prüfung der Formerfordernisse des Befehls. Denn es gibt einmal weder für den militärischen Vorgesetzten noch für den Untergebenen eine bestimmte Zuständigkeit,[2]) und ferner ist der Befehl an kein

---

[1]) vgl. van Calker S. 95; Laband Bd. 4 S. 188b.

[2]) vgl. Laband Bd. 4 S. 148; M. E. Mayer a. a. O. S. 150ff.; van Calker S. 109.

Formerfordernis[1]) gebunden. Jede Willensäußerung kann einen Befehl enthalten, z. B. der Wink, oder ein sonstiges Zeichen.[2]) Es gibt also im militärischen Dienstverhältnis keine formell rechtswidrigen Befehle.[3]) Daher hat der Untergebene in dieser Beziehung keine Prüfungspflicht.

Materiell rechtswidrige Befehle sind jedoch möglich.

Wie hat sich der Soldat diesen gegenüber zu verhalten, mit anderen Worten: ist er einem materiell rechtswidrigen Befehle unbedingt zu gehorchen verpflichtet oder ist seine Gehorsamspflicht beschränkt?

2. Die Bestimmungen des § 47 MStGB.

Der vom Bundesrat genehmigte Entwurf[4]) des Reichsmilitärstrafgesetzbuchs vertrat in dem § 58 das Prinzip der unbedingten Gehorsamspflicht und demgemäß der absoluten Unverantwortlichkeit des Untergebenen. Nur bei einer Handlung gegen die militärische Treue sollte der Untergebene als Mittäter betrachtet werden.

Dieser Paragraph wurde aber von dem Reichstage nicht in der vorgeschlagenen Fassung angenommen, sondern er erhielt als § 47 folgende Fassung[5]):

„Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers: ... 2. wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte".

Mit der Ziff. 2 dieses Paragraphen durchbricht das Militärstrafgesetzbuch das Prinzip der unbedingten Gehorsamspflicht

---

[1]) vgl. v. Nostitz-Wallwitz S. 34; van Calker S. 100; Dietz S. 13; Mayer S. 151 (allerdings nur für den Befehl in Dienstsachen).

[2]) vgl. z. B. das Exerzieren nach Winken.

[3]) vgl. Mayer S. 151, 153; Brauer im Gerichtssaal Bd. 8 I S. 393.

[4]) Drucks. d. Reichst. 1. L.-P. 3. Sess. 1872 Bd. 1 Nr. 5.

[5]) Die sich inhaltlich fast vollständig mit dem § 71 preuß. MStGB. v. 3. 4. 1845 deckt.

einem Befehl in Dienstsachen gegenüber, allerdings in engen Grenzen. Nur dann macht sich nämlich der Untergebene verantwortlich, wenn ihm bekannt war, daß der Befehl eine Handlung betraf, die ein Verbrechen oder Vergehen bezweckte.[1]) Es muß also eine bestimmte Kenntnis des Untergebenen von den subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmalen des Vergehens oder Verbrechens vorliegen, um seine Verantwortlichkeit zu begründen. Es genügt nicht etwa ein bloßes Kennenmüssen, wie van Calker (S. 116) annimmt, denn dem widerspricht der klare Wortlaut. Er muß genau wissen, daß eine strafbare Handlung bezweckt wird. Eine bloße Annahme oder ein Zweifel seinerseits genügt nicht.

Aber nur, wenn sich diese Kenntnis darauf bezieht, daß es sich um ein Verbrechen oder Vergehen handelt, darf er nicht gehorchen; falls lediglich eine Übertretung des Zivilstrafrechtes (militärische Übertretungen gibt es nicht, vgl. § 1 MStGB.) in Betracht kommt, ist er trotz seiner Kenntnis zum Gehorsam verpflichtet.[2]) Dann trifft aber die Verantwortung allein den befehlenden Vorgesetzten. Dies wird von vielen Seiten bestritten.[3]) Aber einmal läßt sich m. E. der klare Wortlaut des Paragraphen gar nicht anders auslegen, und dann hat diese Bestimmung auch sehr wohl ihre Berechtigung. Denn für das Heer ist ein möglichst unbedingter Gehorsam im Interesse der Disziplin sicherlich von größtem Wert.

Mit Rücksicht auf die weitgehenden Konsequenzen, die eine derartige unbeschränkte Gehorsamspflicht nach sich ziehen würde, war eine Einschränkung im Sinne der Ziff. 2 erforderlich. Um jedoch die Disziplin nicht zu gefährden, wurde diese Einschränkung nur auf Verbrechen und Vergehen erstreckt, nicht auf Übertretungen. Denn diesen gegenüber erscheint bei der

---

[1]) vgl. Hecker, Lehrb. S. 91, 93; v. Koppmann Anm. 13 zu § 47; van Calker S. 122ff.; Girginoff S. 93.

[2]) vgl. van Calker S. 93, der aber S. 114 die gegenteilige Ansicht vertritt.

[3]) vgl. z. B. Mayer S. 158ff.; van Calker S. 114.

geringeren Gefahr, die der Allgemeinheit durch eine Übertretung droht, ein Schutz der Disziplin wichtiger.[1])

Der Untergebene braucht aber, wie aus dem oben Bemerkten hervorgeht, nicht zu prüfen,[2]) ob ein Vergehen oder Verbrechen bezweckt wird. Falls er es nicht weiß, muß er gehorchen und bleibt für diesen Fall, da er dann den Befehl für verbindlich halten muß, in jeder Beziehung unverantwortlich.

Hält er ferner eine Handlung nur für eine Übertretung und gehorcht deshalb, so wird er nicht bestraft werden können, wenn sich die Tat rechtlich als ein Vergehen darstellt.[3]) Dagegen kann er sich wegen Fahrlässigkeit verantwortlich machen, wenn er fahrlässig annimmt, der ihm erteilte Befehl sei ein „Befehl in Dienstsachen", während dies nicht der Fall ist. Denn die alleinige Verantwortlichkeit des betreffenden Vorgesetzten tritt nur bei einem „Befehle in Dienstsachen" ein. Hinsichtlich dieses Punktes hat der Untergebene also eine Prüfungspflicht.

a) Der Befehl in Dienstsachen.

Wir müssen deshalb zunächst prüfen, was ein „Befehl in Dienstsachen" ist.

Die Motive zum Reichsmilitärstrafgesetz[4]) definieren den Befehl in Dienstsachen als denjenigen Befehl eines dienstlich Vorgesetzten, welcher eine Dienstangelegenheit betrifft.

Dieser Definition ist aber die herrschende Meinung[5]) nicht gefolgt, sondern sie nimmt an, daß der Befehl „irgendeines" Vorgesetzten genügt.

---

[1]) Gleicher A. Hecker, Lehrb. S. 90 und bei Goltdammer Bd. 30 S. 123; Koppmann Anm. 20 zu § 47; Girginoff S. 102; Binding, Handb. Bd. 1 S. 805 ff.

[2]) A. A. Hecker, Lehrb. S. 92, der eine Prüfungspflicht dahingehend annimmt, ob der Vorgesetzte zweifellos eine strafbare Handlung bezweckte.

[3]) vgl. Girginoff S. 94 ff. und Hecker, Lehrb. S. 90 ff.

[4]) a. a. O. S. 80.

[5]) van Calker S. 98; Hecker, Lehrb. S. 91; v. Koppmann Anm. 3 zu § 47, Anm. 6 zu § 92; Kröll S. 20; Entsch. d. RMilG. Bd. 1 S. 105 u. 111.

Das militärische Vorgesetztenverhältnis beruht entweder auf dem höheren Dienstrange oder der sogenannten Funktion.[1])

Der höhere Dienstrang begründet die allgemeine, die Funktion die direkte Vorgesetzteneigenschaft. Durch die Funktion können auch im Range Gleichstehende zu Vorgesetzten werden, z. B. der Stubenälteste. Nicht dienstlich Vorgesetzte gibt es bei dem Militär nicht, denn das Vorgesetztenverhältnis beruht ausschließlich auf den Dienstvorschriften.[2]) Jeder militärische Vorgesetzte ist dem Untergebenen insofern dienstlich vorgesetzt, als sich seine Vorgesetzteneigenschaft aus dem Dienstverhältnis in dem betreffenden Einzelfalle ergibt, sei es nun, daß das Dienstverhältnis bereits vorhanden ist, oder daß es erst durch den Befehl des Vorgesetzten zur Entstehung kommt.[3]) Der Untergebene ist jedem Vorgesetzten gegenüber zum Gehorsam verpflichtet.

Wir sehen also, daß wir durch den Begriff des dienstlich Vorgesetzten kein Kriterium für den Befehl in Dienstsachen gewinnen können. Auch darf man nicht mit dem bayerischen Generalaudidoriat[4]) unter einem dienstlichen Vorgesetzten nur den direkten Vorgesetzten verstehen, denn diese Auffassung ist viel zu eng und würde namentlich im Kriege zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führen, wenn z. B. sämtliche direkten Vorgesetzten gefallen sind.

Das Reichsmilitärgericht nimmt denn auch an, daß der Befehl irgendeines Vorgesetzten genügt, wenn er auch nur mit Rücksicht auf die allgemeinen Dienstverhältnisse erteilt ist, fügt allerdings hinzu,[5]) daß der Befehl „berechtigtermaßen" erteilt sein müsse. Dies ist m. E. jedoch nicht erforderlich, da sich gerade aus § 47 MStGB. ergibt, daß unter Umständen auch

---

[1]) vgl. van Calker S. 96; v. Nostitz-Wallwitz S. 36ff.; Hecker, Lehrb. S. 91; derselbe bei Goltdammer Bd. 30 S. 120; v. Koppmann Anm. 5 zu § 47, Anm. 4 zu § 89.

[2]) vgl. v. Nostitz-Wallwitz S. 31, 36ff.; van Calker S. 100.

[3]) vgl. v. Koppmann Anm. 3 zu § 89 und Entsch. d. RMilG. Bd. 8 S. 142.

[4]) Erk. des bayr. Generalaudidoriats v. 29. 10. 1884; Hecker, Lehrb. S. 91 Anm. 1.

[5]) vgl. Entsch. d. RMilG. Bd. 1 S. 105 und Bd. 7 S. 175.

rechtswidrige Befehle, die sicher nicht berechtigtermaßen erteilt sein können, von dem Untergebenen befolgt werden müssen.[1])

Wir müssen diese Versuche, den Befehl in Dienstsachen abzugrenzen, zurückweisen und können ihn nur folgendermaßen definieren: ein Befehl in Dienstsachen ist der Befehl irgendeines Vorgesetzten, der sich direkt oder indirekt auf den Dienst bezieht.

b) Der Dienstbefehl.

Im Gegensatz zu dem „Befehl in Dienstsachen" steht der „Dienstbefehl". Die Motive (S. 80) verstehen darunter jeden Befehl eines Vorgesetzten. Wir können uns dem anschließen und noch hinzufügen, daß er sich auch auf das außerdienstliche Verhalten, also auf Privatangelegenheiten beziehen kann, nur muß er von dem Vorgesetzten in seiner Eigenschaft als Vorgesetzter erteilt sein.[2])

Einen Gegensatz zum Befehl in Dienstsachen bildet er also nicht, vielmehr werden die meisten Dienstbefehle gleichzeitig auch Befehle in Dienstsachen sein, d. h. irgendwie mit dem Dienst in Beziehung stehen. Einen Unterschied kann man nur zwischen Dienstbefehlen und Privatbefehlen machen. Die meisten Definitionen, die in der Literatur auf diesem Gebiet versucht worden sind, haben lediglich de lege ferenda Bedeutung. Zugegeben werden muß, daß eine Änderung hier dringend erwünscht ist, und daß man eine Unterscheidung fallen läßt, die prinzipiell kein Unterschied ist. Hervorzuheben ist noch die neuerdings von M. E. Mayer[3]) vertretene Auffassung, daß der Befehl in Dienstsachen sich durch seinen Inhalt, der Dienstbefehl durch seine Form charakterisiere. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht durchgreifend, da es, wie oben erwähnt, für den militärischen Befehl keine bestimmte Form gibt.[4])

---

[1]) Das erkennt dasselbe Gericht auch an in Bd. 1 S. 63.

[2]) vgl. Hecker, Lehrb. S. 91, 202; v. Nostitz-Wallwitz S. 31; Girginoff S. 100; v. Koppmann Anm. 12 zu § 92.

[3]) vgl. Mayer a. a. O. S. 153; derselbe in DJZ. 1907 S. 855 ff.

[4]) vgl. auch RMilG. Bd. 8 S. 85.

Die Vorschrift des § 47 MStGB. bezieht sich, um zu unserem Ausgangspunkte zurückzukehren, nur auf Befehle in Dienstsachen. Bei ihnen, die das ganze militärische Leben in Krieg und Frieden beherrschen, hört die Gehorsamspflicht des Soldaten nur auf, wenn er bestimmt erkannt hat, daß der Befehl ein militärisches oder bürgerliches Vergehen oder Verbrechen bezweckt.

Wie sich der Untergebene bei einem Dienstbefehle zu verhalten hat, darüber ergeben der § 47 und auch die sonstigen Bestimmungen nichts. Muß hier auch der Untergebene in so weitgehendem Maße gehorchen wie bei einem Befehle in Dienstsachen oder ist hier seine Gehorsamspflicht beschränkter.

Wir haben gesehen, daß bei einem Befehle in Dienstsachen keine Prüfungspflicht bezüglich der materiellen Rechtmäßigkeit besteht. Der Untergebene hat vielmehr nur zu prüfen, ob ein Befehl in Dienstsachen oder ein Dienstbefehl vorliegt.

Hat er erkannt, daß es sich nur um einen Dienstbefehl handelt, so ist er nach der herrschenden Meinung [1]) verpflichtet, weiter zu prüfen, ob ihm nicht die Vornahme einer strafbaren Handlung befohlen wird.

Diese Prüfungspflicht ergibt sich aus dem Gesichtspunkte, daß im allgemeinen niemand verpflichtet ist, eine strafbare Handlung auszuführen, und würde auch an sich den Befehlen in Dienstsachen gegenüberstehen, wenn nicht der § 47 ausdrücklich eine andere Regelung getroffen hätte.

Die Prüfungspflicht gegenüber einem Dienstbefehl erstreckt sich, da eine Einschränkung fehlt, auf jede Art der strafbaren Handlungen, also auch auf Übertretungen. Sie ist, wie oben ausgeführt, als eine Prüfung in materieller Hinsicht aufzufassen. Diese materielle Prüfungspflicht erstreckt sich jedoch nur auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung. Jede weitergehende Prüfung dahingehend, ob der Befehl materiell rechtmäßig, d. h. ob er den bestehenden Vorschriften und Verordnungen entsprechend [2]) oder gar ob er zweckmäßig ist, muß

---

[1]) vgl. Hecker, Lehrb. S. 92ff.; van Calker S. 93 u. 122.

[2]) vgl. Entsch. d. RMilG. Bd. 8 S. 143.

dem militärischen Untergebenen versagt werden, da sie sich nicht mit der militärischen Disziplin verträgt und mit dem pünktlichen Gehorsam, der von Soldaten verlangt wird und auch verlangt werden muß, unvereinbar ist.[1]) Auch kann seinem „schlichten Verstand“ [2]) nur die allereinfachste Prüfung, nämlich die nach dem Vorliegen einer strafbaren Handlung, zugemutet werden.

Falls er dies erkennt, darf er den Befehl nicht ausführen. Die Gehorsamspflicht gegenüber dem Dienstbefehl ist also schwächer als diejenige gegenüber dem Befehl in Dienstsachen insofern, als den Untergebenen stets eine Prüfungspflicht trifft, die sich weiter auch auf das Vorliegen einer Übertretung erstreckt. Und mit Recht wird bei dem Befehl in Dienstsachen strengerer Gehorsam verlangt. Denn nur bei ihm, der sich auf den Dienst beziehen muß, ist im Interesse der militärischen Disziplin die strengste Gehorsamspflicht, die den gutgläubig gehorchenden Untergebenen von jeder Verantwortlichkeit, selbst bei einem Eingriff in die geschützte Rechtsgütersphäre des einzelnen, befreit, erforderlich.

Bei dem Dienstbefehl stehen jedoch derartige militärische Lebensinteressen nicht auf dem Spiele, so daß bei ihm der Untergebene zu einer Prüfung verpflichtet ist. Prüft er hier nicht oder geht er bei der Prüfung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt zuwege, so macht er sich strafrechtlich verantwortlich und haftet unter Umständen auch zivilrechtlich.[3])

3. Die Haftung des Soldaten.

Nach dem Reichshaftungsgesetze v. 22. 5. 1910 § 1 Abs. 3 trifft die Haftung für Pflichtverletzungen des Soldaten Dritten gegenüber in erster Linie das Reich. Die Voraussetzungen der Haftung liegen aber, wie wir gesehen haben, in der Person des Untergebenen und sind nach den oben angegebenen Grundsätzen zu prüfen. Seine zivilrechtliche Haftung ist also auch durch

---

[1]) van Calker S. 109 u. 112.

[2]) vgl. Hecker, Lehrb. S. 91.

[3]) vgl. Hecker, Lehrb. S. 92; van Calker S. 122; Girginoff S. 100; Kröll S. 25.

§ 839 BGB. geregelt und tritt demnach nur ein, wenn ihn ein Verschulden trifft. Ein näheres Eingehen hierauf ist hier nicht mehr nötig.

Schlußbemerkung.

Zu beachten ist, um dies noch einmal hervorzuheben, daß der Soldat an sich jedem Befehle seiner Vorgesetzten sofortigen Gehorsam schuldig ist, und daß man an ihn, der keine Vorbildung für seinen Dienst besitzt, bei der Prüfungspflicht viel geringere Anforderungen stellen muß als an die meisten Beamten. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß der militärische Ungehorsam mit sehr schweren kriminellen und disziplinaren Strafen[2]) bedroht ist, und daß der Offizier sich unter Umständen sogar mit der Waffe Gehorsam erzwingen darf (§ 124 MStGB.). Der Soldat befindet sich also stets in einer gewissen Zwangslage, die man bei Abwägung seines Verschuldens berücksichtigen muß.

Wir fassen das Resultat unserer Untersuchungen somit folgendermaßen zusammen:

Einem Befehle in Dienstsachen gegenüber besteht für den Untergebenen überhaupt keine Prüfungspflicht, ebensowenig wie bezüglich der formellen Rechtmäßigkeit des Befehls. Dagegen muß er bei einem Dienstbefehle prüfen, ob ihm nicht eine strafbare Handlung befohlen wird, weiter geht seine Prüfungspflicht nicht. Im übrigen ist der Untergebene stets durch den Befehl gedeckt, soweit eben nicht die Voraussetzung des § 47 Ziff. 2 vorliegt.

Diese Regelung ist auch völlig unbedenklich, da man einmal zu den militärischen Vorgesetzten — die sich nebenbei durch den Mißbrauch der Dienstgewalt strengen Strafen aussetzen würden, §§ 114—126 MStGB. — das Vertrauen haben kann, daß sie nichts Unrechtmäßiges befehlen werden, und andererseits das Publikum durch die Folgen rechtswidriger Befehle insofern weniger gefährdet ist, als stets der befehlende Vorgesetzte haftet und durch ihn wieder das Reich.

---

[2]) §§ 92—95 MStGB.

Gewisse Zugeständnisse muß aber die Allgemeinheit der militärischen Disziplin machen, denn auch für sie ist eine straffe Disziplin des Heeres von der größten Bedeutnng, was Moltke[1]) bei den Beratungen des Militärstrafgesetzbuches in die Worte zusammenfaßte: „Die Disziplin macht die Armee erst zu dem, was sie sein soll, und eine Armee ohne Disziplin ist auf alle Fälle eine kostspielige, für den Krieg eine nicht ausreichende und im Frieden eine gefahrvolle Institution".

[1]) Stenogr. Ber. über die Verhandl. des Deutschen Reichstages 1. L.-P. 3. Sess. Bd. 2 S. 814.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.